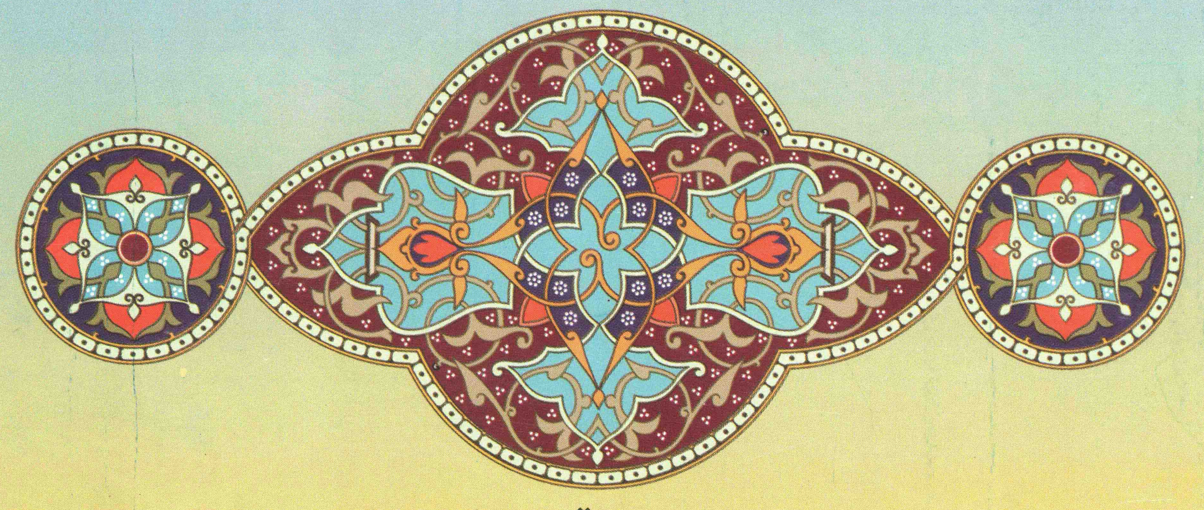
جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
لجنة إحياء التراث الإسلامى



إخلاص الناوي

تأليف
شرف الدين إسماعيل بن أبى بكر المقرئ
(المتوفى سنة ٨٣٧هـ)



تحقيق
الشيخ عبد العزيز عطية زلط

طبعة جديدة

القاهرة
١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
لجنة إحياء التراث الإسلامي



تأليف

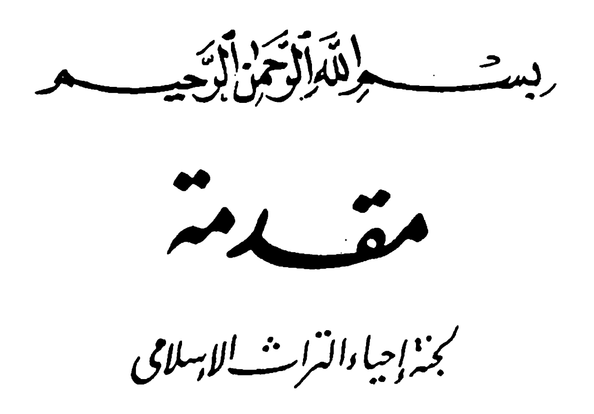
شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقري
(المتوفى سنة ٨٣٧هـ)

تحقيق

الشيخ عبد العزيز عطية زلط

الجزء الثاني

القاهرة
١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م



الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، اما بعد :

فهذا هو الجزء الثانى من ((اخلاص الناوى)) للامام شرف الدين اسماعيل بن أبى بكر المقرىء (المتوفى سنة ٨٣٧هـ) وهذا الكتاب من أهم الكتب المطولة فى فقه الشافعى رضى الله تعالى عنه .

والكتاب ــ كما قلنا فى الجزء الأول منه ــ شرح لكتاب : ((ارشاد الغاوى فى مسالك الحاوى)) الذى اختصره المقرىء من كتاب : ((الحاوى الصغير)) لنجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزوينى (المتوفى سنة ٦٦٥هـ) ، ثم رأى المقرىء أن هذا المختصر غامض ، لأنه أتى موجزا غاية الايجاز ، فعاد وشرحه فى الكتاب الذى بين أيدينا الآن .

ويحتوى هذا الجزء الثانى على كل أبواب المعاملات ، كالبيع ، والسلم ، والقرض ، والرهن ، والحجر ، والصلح ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والاقرار ، والعارية ، والغصب ، والشفعة ، والقراض ، والمساقاة ، والاجارة ، والجعالة ، واحياء الموات ، والوقف ، والهبة ، واللقطة .

ثم ينتقل الى الفرائض والمواريث ، فيتحدث عن أبوابها المختلفة ، ويتناول مسائل الأكدرية ، والعصبة ، والحجب ، والوصية ، ونحو ذلك .

ويختم هذا الجزء بأحكام الفىء والغنيمة ، وقسم الصدقات ، وحكم نقل الزكاة ، وما الى ذلك .

ومحقق هذا الجزء هو نفسه محقق الجزء الأول من الكتاب ، المرحوم الشيخ ((عبد العزيز عطية زلط)) ، وقد اجتهد رحمه الله فى تحقيقه اجتهاده فى الجزء الأول ، فقابل بين مخطوطات الكتاب ، وانتقى منها الصواب ، وضبط المشكل من ألفاظه ،

وخرج الآيات القرآنية به ، وشيئا من الاحاديث التى اوردها المؤلف ، وحاول قدر الطاقة ان يعالج غوامض النص ومشكلاته ، بالرجوع الى امهات كتب الفقه الشافعى رضي الله عنه .

ولجنة احياء التراث الاسلامى ، حين تقدم هذا الجزء الثانى للقارىء الكريم ، لتدعو الله تعالى ان يتغمد محققه برحمته ، ويسكنه فسيح جناته . كما ترجو ان تجد الأمة الاسلامية فى هذا الكتاب العظيم ، بعض ما تبتغى فى الوصول الى حلول للمشكلات الفقهية ، التى جاءت بها حضارة العصر الحديث . والله من وراء القصد .

ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة انك انت الوهاب.

مقرر اللجنة	رئيس اللجنة
أ.د. رمضان عبد التواب	أ. عبد المنعم محمد عمر

القاهرة فى ١٤ جمادى الأولى ١٤١٠هـ
الموافق ١٣ ديسمبر ١٩٨٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

الربع الثانى من كتاب اخلاص الناوى

فى ارشاد الغاوى الى مسالك الحاوى

البيع

وقوله : (باب ، إنما الْبَيْعُ[1] ، لا الضِّمَنى ، بإيجاب كبِعْتُ شَرَيْتُ مَلَكْتَ ، أَشْتَرِ بِكَذَا ، أَو مَعَ إن شِئْت) .

أى اعلم أن البيع جائز بالكتاب[2] والسنة والإجماع ، وهو يفيد الملك بشروط ! وهو الإيجاب[3] وما يُذكر بعد ، فالإيجاب ، نحو بعت منك بكذا ، وكذلك شريت منك بكذا ، وهو بمعنى بعت لا بمعنى ابتعت بكذا ، وكذلك إذا قال اشتريت منى أو بع منى بكذا

---

(١) البيع يطلق على قسيم الشراء ، فيحد بأنه نقل ملك بثمن على وجه مخصوص ، والشراء بأنه قبوله على أن لفظ كل يقع على الآخر ، وعلى العقد المركب من الإيجاب والقبول . وهو المراد هنا ، وهو مقابلة شىء بشىء ، وشرعاً : عقد يتضمن مقابلة مال بمال أو منفعة بشرطه الآتى : لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبده كبيع حق الممر ، فخرج أبدال المتلفات ونحو القرض ، ونحو بيع الكلب ، والنكاح ، والصلح عن دم ، والأجارة كما هو مبين فى الأصل ، وأركانه ثلاثة صيغة وعاقد ومعقود عليه ، وبدأ بالأول لأنه الأهم لخلاف فيه ، ثم بالثانى لأن الفاعل مقدم على المفعول طبقاً .

(٢) من الكتاب قوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا الآية » ٢٧٥ من سورة البقرة . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم :«البيعان بالخيار الخ » رواه مسلم والبخارى وأحمد بن حنبل ، ص ١٨٤ نيل الأوطار ، والإجماع منعقد على ذلك ، وحديث « إنما البيع عن تراض ص ١٣/٢ بلوغ المرام » .

(٣) من البائع ولوّ هزلا وهو ما دل على التملك دلالة ظاهرة وقبول من المشترى ، كما يأتى أما الضمنى منه ، وهو ماتضمن التماس العتق ، وجوابه ، كاعتق عبدك بألف . فيصح بلا صيغة فى اللفظ وإن كانت موجودة تقديراً استغناء عنها بالالتماس والجواب ، فإذا قال اعتقه ، عتق عن الطالب ولزم العوض وكأنه قال بعنيه واعتقه عنى فأجابه ببعتك وأعتقته عنك . ويشترط فى الملتمس الاختيار ، وعدم الحجر ، وإن أوهم كلامه هنا خلافه ، اتكالا على مايعلم منه فى بابى الحجر والطلاق ولا يشترط فى الملتمس عتقه القدرة عليه ، فحينئذ يرجع الضمير فى قوله الآتى : يصح لغير الضمى بالنسبة للشرط الثالث ، ف .

فإنه لا يكفى أَن يقول المشترى اشتريت على الأَصح حتى يقول البائع بعده بعتك ، وكذلك قول المشترى للبائع بعت بكذا ، وقوله فى الحاوى إنما ينعقد البيع بإِيجاب بعت واشتريت ، وملكْتَ : فيه أَمران :

أَحدهما أَن البيع الضِّمنى وارد عليه فإِنه يحصل الإِيجاب والقبول .

الثانى : أَنه حصَر الإِيجاب فى هذه الأَلفاظ وليس بمحصر فيها بل يقع صريحاً بقوله وَلَّيْتُك هذا العقد بكذا ، أَو أَشركتك معى فيه ، وعوَّضتك هذا بهذا ، أَو صارفتك فى الصرف ، وبالعجمية أَيضاً بل صحَّح النووى أَنه ينعقد بكل مَا يَعُدّهُ الناس بيعاً . قال وهوالذى اختاره ابن الصَّباغ[1] ، والبغوى[2] والروّيانى[3] ، وغيرهم ، ويشترط أَنْ يجزم البيع ولا يعلق ، لكن لو قال اشتريت بكذا إن شئت ، فقال اشتريت صح ، لأَن مشيئته من ضرورة العقد[4] .

وقوله : (وقَبولَ وفْق المعنى ، بلا فصل وتخلل لفظ أَجنبى ، من مُتَصَدٍّ مختَارٍ ، غير مَحْجور ، ولو مع نفسه لطفله كقبلت ، ابتعت ، اشتريت تملَّكت ، يعنى ، ونعم منهما الجواب . بعت واشتريت[5] ولفظ هبة لا سَلَم) .

---

(١) راجع ص ٢١٢ من الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٧٠ الربع الأول .

(٣) راجع ص ٦٩ الربع الأول .

(٤) أى يشترط فى الإيجاب والقبول ويعبر عن ذلك بالصيغة – عدم التعليق وعدم التأقيت فلو قال : إن مات أبى فقد بعتك هذا بكذا لايصح ، أو بعتكه بكذا شهراً لايصح أيضاً ،لأن البيع يفيد نقل الملكية على التأبيد والتأقيت ينافى التأبيد / ﻫ .

(٥) فتقوم مقام القبول فتكون تارة قبولا ، وتارة إيجاباً ، فلو قال المتوسط للبائع بعت فقال نعم ، وقال للمشترى اشتريت فقال نعم ، وخرج بجواب ذلك . ما لو قال اشتريت منك فقال البائع نعم ، أو بعتك فقال المشترى نعم إذ لاالتماس فلا جواب (ف) .

أَى ولا يصح الإِيجاب والقبول إلا من المتصدِّى ، للعقد ، وإنما قال المتصدى ، ليستغنى به عن قوله فى الحاوى[1] : لا من وارث المخاطب ، ولأَنه يدخل فيه قبوله من نفسه لطفله ، ويخرج به قبول الموكل أَيضاً ، أَما الوكيل ، بعدْ الإِيجاب له ، وقبل القبول ، فإِنه لا يصح قبوله ، والقبول كقبلت ، فإِذا قال بعتك بكذا فقال قبلت ، حصل الإِيجاب والقبول ، ويقوم مقام قبلت ، ابتعت ، وتملكت ، واشتريت ، وكذا إِذَا قال : وهبت منك هذا بـأَلف انعقد بيعاً لا هبة على الصحيح ــ كما فى العزيز والروضة ، والمنهاج ، فى آخر الهبة ، فلو قال أَسلمت إِليك هذا الثوب فى هذا العبد ، لم ينعقد بيعاً ولا سلماً . وإِن نوى البيع ، لأَن السَّلم موضوع للدَّيْن ، وَمُقْتَضَاه ينافى العين ، وإِنما قال بلفظ الهبة ، ليخرج الأَلفاظ التى بمعناها ، كأَعمرتك أَو أَرقبتك .

ويشترط أَن يكون القبول وفق المعنى ، أَى وفق معنى الإِيجاب ، والموجب به ، فلو قال بعتك بكذا ، فقال أَو تملكت أَو ابتعت أَو رضيت ، جاز لأَنه وفق معنى الإِيجاب أَيضاً . وأَما وفق معنى الموجب به ، فقولك بعتك بـأَلف دينار ، فقال اشتريت بـأَلف مثقال . ولو قال بـأَلف فقال اشتريت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة ، فهذا وفق المعنى فى الموجب به أَيضاً فيصح . وَاسْتُشْكِل التنصيف ، بحيث أَنه أَوجب بصفقة ، وقيل بصفقتين ، وصحح النووى فى شرح المهذب الجواز ، ويشترط أَن يجيب بلا فصل طويل ، يخرج به عن المعهود

---

(١) وفى ح « والبيع بإيجاب بعت وشريت . . . . وقبول وإن باع مال الطفل من نفسه وعكسه لامن وارث المخاطب موافق فى المعنى بلا فصل » .

فى التخاطب بلا كلام أَجنبى ، وإن لم يطل الفصل . وقد عد من القبول قول المشترى ابتداء يعنى نظراً إلى المعنى ، وكذلك لو قال اشتريت منك هذا بأَلْفٍ ، فقال بعتك صح وكان قبولا ، بخلاف ما لو قال قبلت ، هذا بأَلف ، فقال بعتكه ، فإنه لا يصح ، لأَن لفظة قبلت ، لا تستقل بنفسها . ولو قال المشترى أَو المتوسط بينهما للبائع بعت بكذا فقال نعم تمَّ الإِيجاب ، فإذا قال البائع أَو المتوسط اشتريت فقال : نعم ، انعقد البيع ، ويشترط الإِيجاب والقبول أَيضاً من ولىِّ الطفل ، تولى طرفى العقد ، فإن باع ماله من ولده ، واشترى له من نفسه ، لم يصح حتى بالقبول والإِيجاب ، ويشترط أَن يكون القبول من المخاطب ، فلو مات المخاطب قبل وارثه لم يصح . ولو مات الوكيل قبل الموكل ، لم يصح أَيضاً ؛ لأَنه انعزل بالموت ، وَلَغَا حكم مخاطبته ، والقبول من الموكل لا يُستغل بيعاً ، على أَن ابن الرفعة[1] ، قال فى الموكل : إذا قبل بيعاً خوطب به وكيله ، يظهر إن قلنا الملك يقع للموكل ابتداء – وهو الأَصح – أَنه يصح وإلا فلا : وهذا وإن سُلِّم فالفرق ظاهر ، لأَنه بالموت انعزل قبل قبوله فبطل خطابه ، وهنا لم ينعزل قبل القبول ، مع أَن نصوص جماعة فيها اشتراط وقوع القبول من المخاطب ، وقوله فى الحاوى[2] : وقبول إلى قوله الجواب بعت واشتريت ، فيه أَمران :

---

(١) راجع ص ٤٣ الربع الأول .

(٢) وفى ح « وقبول وإن باع مال الطفل من نفسه وعكسه لامن وارث المخاطب موافق فى المعنى بلا فصل وتخلل كلام أجنبى قبلت وابتعت واشتريت وتملكت وبعنى ونعم لجواب بعت واشتريت .

أَحدهما أَنه أَخرج بقوله لا من وارث المخاطب ، الوارث فقط ، ولو أَتى بلفظ يشتماه ويشتمل الموكل لكان أَولى .

الثانى : أَنه حصر القبول فيما عده ، ولو قال كقبلت لكان أَولى لأَنهم نصُّوا ، على أَن رضيت كقبلت ، قاله فى البحر[1] ، والقاضى[2] الحسين . فى كتاب الرهن ، وولِّنى ، وأَشْرِكْنِى كبعنى ، ويرد عليه وهبتكِ هذا بأَلف فإِنه بيع ، وأَيضاً ، فالمختار أَن كل ما عده الناس قبولا ينعقد به البيع .

وقوله : (وبكناية بنية ، إِن لم يجب إِشهاد ، كَخُذْهُ ، تَسَلَّمْه منى أَدْخَلْتَه فِى مِلْكِكَ ، بكذا ، أَوْ كَتْبٍ[3]) .

أَى وينعقد بالكناية أَيضاً إِذا نوى البيع ، ولم يتعرض فى الحاوى[4] للنيّة ، ولابد منْها ، والكناية كقوله . خذه منى بكذا ، أَو باقى الأَلفاظ ، المذكورة وما أَشبهها . ولفظة بكذا متعلقة بجميع المسائل المتقدمة ، وينعقد بالْكَتْبِ مع النية ، فإِذا وصل الكتاب وقبل المكتوب

---

(١) البحر للإمام الجليل أبو المحاسن الرويانى عبد الواحد بن اسماعيل بن أحمد صاحب البحر وأحد الأئمة فى المذهب ولد فى ذى الحجة سنة ٤١٥ خمس عشر وأربعمائة وتفقه على أبيه وجده ببلده وعلى ناصر المروزى بنيسابور ومحمد بن بيان الكازرونى بميافارقين وكان يلقب بفخر الإسلام وله الجاه العريض فى تلك الديار والعلم الغزير والدين المتين والمصنفات السائرة فى الآفاق والشهرة فى المذهب بالحفظ ويضرب به المثل فى حفظ المذهب وولى القضاء بطبرستان ورويان ودرس بنظامية طبرستان ثم انتقل إلى آمل بلد أهله فأقام بها إلى يوم الجمعة حادى عشر المحرم سنة ٥٠٢ هـ فقتلته الملاحدة حسداً ومات شهيداً ، ومن تصانيفه البحر وهو من أوسع كتب المذهب الشافعى إلا أنه عبارة عن حاوى الماوردى مع فروع تلقاها الرويانى عن أبيه وجده ومسائل أخرى . وله « الفروق » و « الحلية » و « التجربة » والكافى وغيرها كثير ، ج/٤/ ٢٦٤ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) راجع ص ٢٠٤ الربع الأول .

(٣) ح « وبالكناية خذه منى وتسلمه منى وأدخلته فى ملكك وجعلته لك بكذا » .

(٤) على غير المائع والهواء ، ولو من الجانبين ولو لحاضر على الأوجه ، وبشرط قبول المكتوب إليه ، حال الاطلاع ، ويمتد خياره مادام فى مجلس خيار قبوله ، ويمتد للمكاتب إلى انقطاع خيار صاحبه ف .

إليه عند قراءة الكتاب انعقد البيع ، ولم يُذكر الْكَتْبَ فى الحاوى ، ولو قال له : بعْنى فقال باعك الله فكناية أَيضاً ، واعلم أَن البيع بالكناية لا يصح من وكيل أُمِرَ بإِشْهَادٍ ، لأَنه يلزمه ذلك ، ولا يمكن الإِطلاع على النية وهى واردة على الحاوى أَيضاً[1] .

وقوله : (وَشُرِطَ إِسْلَامٌ ، لِتَمَلُّكِ مُسْلِم ، وَمُرْتَدٌ[2] لا يَعْتِقُ بِلُزُومِهِ ، وَمِصْحَفٍ وَحَدِيثٍ ولو ضِمْنًا) .

أَى لا يشترط الإِسلام فى العاقد ، إلا فيما ذكره ، وهو ، إذا اشترى مصحفاً أَو كتاباً من كتب الحديث أَو التفسير : [وكذا][3] كتب الفقه التى تضمنت الآيات والأَحاديث على الصحيح ، وكذا إِذَا اشترى رقيقاً مسلماً ، والْحِق به المرتد على الأَصح ، لبقاءِ عُلقة الإِسلام . نقل ابن[4] النحو بتصحيحه عن شرح[5] المهذب للنووى . ولو اشترى ذلك كافر لمسلمٍ صحِ ، وإِنْ لم يُسَمِّه ، لا عكسه ، هذا إذا اشترى رقيقاً مسلماً لا يعتق عليه ، فإِن كان يعتق عليه إما لكونه فرعه أَو أَصله لأَنه يعتق قهرا أَو لكونه أَقَرَّ بحريته ثم اشتراه لأَنه يعتق بإِقراره السابق ، وإِن كان عتقاً ظاهراً ، وكذا لو قال كافر لمسلم ، اعتق عبدك عنى بأَلْفٍ صَحَّ ودخل فى ملكه ويعتق . فإِن اشتراه بشرط الإِعتاق لم يصح ، لكونه لا يعتق بمجرد دخوله فى ملكه ،

---

(١) وفى ح « وبالكناية خذه منى وتسلمه منى وأدخلته فى ملكك وجعلته لك بكذا » .

(٢) وخرج بالمرتد غيره كالمنتقل من دينه ، وبلزومه شراؤه بشرط العتق ، لأنه لايعتق إلا بإنشاء وعتق بعد اللزوم ف « فتح الجواد » هامش .

(٣) هذا اللفظ (وكذا) فى مكانه من (ب) وساقط من (أ) .

(٤) راجع ص ١٧ الربع الأول .

(٥) راجع ص ١٢ الربع الأول .

وقوله فى الحاوى : (وإسلام من يشترى له المصحف والحديث ، ومسلماً لا يعتق بعده فيه أُمور) :

أَحدها : أَنه اقتصر على المصحف والحديث ، والصحيح الذى قاله العراقيون أَن كتب الفقه ونحوها المتضمِّنةِ الآيات والأَخبار النبوية ، حكمها .

الثانى : أَنه لم يذكر المرتد ، وله حكم المسلم لبقاءِ علقة الإِسلام ،

الثالث : أَن قوله لا يَعْتِق بعده ، فيه تسامح ، ولو قال بلزومه لكان أَولى لأَن للبائع الخيار فى المجلس .

بِإِرْثٍ ، وَفَسْخ وَلَوْ أَقَالَةً) .

أَى لا يمتنع ملك الكافر للمسلم والمصحف بالإِرث ، لأَنه ملك قهرىٌّ ، ويتصور ملك الكافر للمصحف ، حتى يورث عنه ، بأَن يكتبه لنفسه ، وفى العبد ، بأَنْ يملك كافرا[1] [فَيُسْلِمَ] ثم يموت السيد فيملكه وارثه ، ولا بالفسخ بالعيب والتخالف ، ونحوه لأَن المِلك بالفسخ يقع ، وكذا لو تقابلا صح ورجع إلى ملكه ، على قولنا إن الإِقالة فسخ وهو الصحيح .

وقوله : (وَكُلِّفَ رَفْعَ مِلْكه ، ولو بكتابة ، فإِن امْتَنَعَ بيع ، وَيَدِهِ ، عن نحو مدبر أَسلم وما ارْتُهِنَ وتأَجَّر وصَحَّا ، كايداع وإِعارة) .

أَى وإِذا ملك الكافر مصحفاً ونحوه ، أَو مسلما لم يقر فى يده

(١) لفظ (فيسلم) فى مكانه من (ب) وساقط من (أ) .

بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ، ولا يُهَان مسلم بملك كافر ، فإن فقد من يشتريه بثمن المثل وُضع عند عدل واستكتب له ، ولا يزول ملكه عنه بمجرد الإسلام ، بخلاف الزوجة إذا أسلمت . فإنه يزول نكاح الكافر ، لأن البُضع لا يَقْبَل النقل من شخص إلى شخص ، وسواءٌ أزاله بعتق أو هبة أو بيع ، ولا يكفى الرهن والإجارة ، والتزويج ، والحيلولة ، وتكفى الكتابة على الأصح عن بَيْعِه باعه الحاكم ، ويؤمر برفع يده ، عن المدبر والمستولدة ، ولا يؤمر ببيع المدبرة ، وإن كان يصح بَيْعُه ، لما فيه من إبطال حقه من العتق ، وهذا إذا أسلم مدبراً ، فإن كلفناه رفع يده عمن أسلم ، فدُبِّرَهُ بعد الإسلام لم نقنع بذلك على الأصح بل ينقض التدبير ويباع ، وإذا استأجر الكافر مسلماً أو ارتهنه صح ويرفع يده ويوضع عند عدل ، ويؤجر المؤجر ، وَيُسْتَكْسَب[1] وتجوز إعارة المسلم من الكافر ، أو إيداعه معه .

وقوله : (وَقَبَضَ لَهُ حَاكِمُ ، مُشْتَرًا أَسْلَمَ)[2] .

إى وإذا اشترى الكافر ، كافراً فأسلم ، لم يكن له قبض فيقبض له الحاكم ، ويباع عليه على ما ذكرناه .

وقوله : (وإنما يَصحّ ، فى طاهر[3] ، أَوْ يُطَهِّرُه غَسْلٌ نَافِع ، شرعاً ،

---

(١) فى (ب) ويستكتب من الكتابة ، أى يكاتب لخلاص من السيد الكافر ، والاستكتساب كما فى (أ) فهو جعل العبد المسلم كسوباً بالإجارة أو الصناعة أو نحوها . لخلاص من ولاية الكافر عليه /م .

(٢) فأن تأخر تدبيره عن إسلامه كلف بيعه والمعلق عتقه بصفة كالمدبر على الأوجه (ف) .

(٣) شروع فى شروط المبيع ، وهو أن يكون طاهراً منتفعاً به ولو مآلا ، للعاقد عليه ولاية بملك أو وكالة ، مقدوراً على تسلمه ، معلوماً للعاقدين عيناً وقدراً وصفة ، حذراً من الغرر ، وقد ذكر المؤلف محترز هذه الشروط /م .

وأن أُجِّر كَحَقٍّ مَمَر ومَسيل ماءٍ وبناءٍ وعلى سَقْف ، وبهدمه يَغْرمُ ، لفرقة ، ومع أَرش ، بعد بناءٍ) .

أى لا يصح البيع إلا فى مبيع طاهر العين ، أو متنجس ، يطهر إذا غسل ، فلا يصح بيع العين النجسة ، كالكلب والخنزير وجلد الميتة ولا يبيع متنجس لا يطهر بغسل ، كالمائعات التى تقع فيها النجاسة ، وقوله بغسل احتراز مما يطهر بالدباغ ، والاستحالة ، ولا يصح إلا فيما ينتفع به ، فيبطل بيع الحمار الزَّمِن[1] ، ونحوه مما لا ينتفْع به ، ويصح بيع العبد الزَّمِن لعتقه ، والطفل والجحش الصغير لرجاء الانتفاع ، وكذا بيع ما ينفع قليله ويضر كثيره كالسقمُونيا ، والأَفيون . ويشترط أن يكون النفع مباحاً ، فلا يصح بيع الملاهى كالمزمار والطنبور ونحوه وإن عُدَّ رضاضها مالا إذ ليس بمقصود[2] ، وكذلك الأَصنام والصور ، وإن كانت من جوهر ولو زادت قيمة الجارية بالغناء لم يضر ، وصح شراؤها بالزيادة ، كَكَبْشِ النطاح وديك الهراش[3] . ويصح بيع آنية الذهب والفضة كما نقله النووى عن القاضى[4] أبى الطيب الطبرى . والفرق أن الصنعة فى المزمار ونحوه مُحَرَّمَةٌ بخلاف صنعة الأَوانى فإنها مباحة ، فغلب فيها النظر إلى المصنوع . ويكره بيع نحو شطْرنج ، وأما النرد فكالمزمار إلا إن صلح لبنادق الشطرنج . ويجوز بيع لبن الآدميات والماء المملوك على شط النهر ، والتراب ولو فى

---

(١) الزمن : ذو الزمانة والزمانة آفة فى الحيوانات وهى : العاهة (اللسان) .

(٢) أى للشارع فمنفعته غير مرادة للشارع لما فيها من العبث واللهو ونحوهما / م .

(٣) الهراش : المشاجرة مع مثله وتكون فى الكلاب ونحوها (اللسان) . وقال الجوهرى : الهراش المهارشة بالكلاب وهو تحريض بعضها على بعض .

(٤) راجع ص ١٧٠ الربع الأول .

الصحراءُ ، والحجارة فى الجبل ، إذْ سهولة تحصيلها لا يقدح فى كونها نافعة[1] ، ويصح بيع العين المؤجرة من المستأْجر وكذا من غيره على الأَصح ، لأَن البيع فى الرقبة ، ولا تنفسخ الإجارة ، فتترك فى يد المستأَجر ، إلى انقضاءِ المدة . وللمشترى الخيار ، إن جهل فإن أَجاز فلا أُجرة لتلك المدة ، ومن أَمثلة المنْتَفِع الذى يجوز بيعه حق الممر ، وحق مجرى الماءِ ، وحق وضع الجذوع على الجدار ، وحق البناءِ ، على الأَرض وكذلكِ على السقف ، وإنما مثَّل بها ، لأَن تملكها على التأْبيد مستغرب ، وهو بيع مشوب بإجارة على الأَصح لكونه مؤبداً وارد على المنفعة لا تُمْلَكُ به عين ، وإذا اشترى حق البناءِ على السقف ، استحق به وضع البناء والسكنى ، فإذا هدم البائع وغيره الجدارات التى يبنى عليها قبل البناءِ ، أَو هدم السقف بعده دون البناءِ غرم للفرقة ، لأَنه حال بينه وبين الانتفاع ، وإن هدم الجدارات بعد البناءِ لم يجبر على إعادتها ، ولزم الأَرش[2] مع قيمة حق البناءِ ، فإذا أَعاد الجدارات والسقف استرد ما غرم لحق البناءِ ، لا أَرش الهدم .

وقوله : (لا بَيْعُ هَوَاءٍ ، وَحَبَّتَىْ بُرٌّ ، وَسَبُع لا يَنْفع ، وَبَيْتٍ بِلَا مَمَرٌّ) .

أَى لا يصح بيع الهواءِ ، بلا قرار ، وهذا وما بعده أَصله لما ينتفع به ، ولم يَعُدُّوا الانتفاع بالهواءِ فى إشراع الجناح مقصودا ، ولا يصح

---

(١) ونفعها مقصود « مباح شرعاً » .

(٢) الأرش : دية الجراحة . وأصله الفساد . يقال : أرشت بين القوم تأريشاً أفسدت بينهم ثم استعمل فى نقصان الأعيان ، فيقال لما يدفع بين السلامة والعيب فى السلعة أرش . والأرش من أسباب الخصومة بين البائع والمشترى (اللسان والمصباح) .

بيع حبَّتى برٍّ ونحوه ، واعترض القُونَوِى على صاحب الحاوى[1] فى التمثيل بحبة بُرٍّ وقال لو مثَّلَ بحبتين لكان أولى لاشتمالها على الحبة ولا عكس ، وإن انتفع بذلك فى الفخ ، أو بإضافة مثله إليه ، سواء كان زمن رخص أو غلاءٍ ، وكذا الحبتان من الزبيب إلا الثمرة ، ولو غصبهما أَثِمَ ، ووجب ردهما ، لا الغرم أن تلفتا ، ولا يصح أيضاً بيع السباع كالأسد والنمر والذئب ، وَإِنْ اتَّخَذَهُ الملوك للهيبة والسياسة ، فإن ذلك ليس نفعاً مقصوداً ، ولا يصح بيع الحشرات أيضاً كالديدان والجعلان والعقارب ونحوها ، وكذلك الطيور التى لا منفعة فيها كالحدأة والغراب ، بخلاف ما يصطاد به منها ومن السباع كالصقور التى تصطاد والبزُاة والفُهود ، ويصح بيع الطاووس للونه ، والعندليب لصوته ، والغُبار لأنه يقاتل عليه ، وَالْهِرَّةُ لنفعها ، والقرد لقبوله التعليم ودودة القز ، وكذا العلق[2] لامتصاص الدم ، ولا يصح بيع بيت لا ممر له ، لكونه محفوفاً بأملاك غير المشترى ، وقيل إن أمكنه تحصيل ممرٍّ جاز .

وقوله : (مَقْدُورِ تَسْلِيمٍ ، أو تَسَلُّمِ مَغْصُوبٍ ، وآبِقٍ ، فإن عَجَزَ أَوْ جَهِلَ ، خُيِّرَ ، لا طَيْرٍ سائب غير نَحْلٍ ، ولا جُزْءٍ مُعَيّنٍ نَقَصَ فَصْلُه) .

أى ويشترط أن يكون المبيع مقدورا على تسليم البائع أو تَسَلُّمِ

---

(١) فى ح « فى متنفع به شرعاً وإن أجر لحق الممر ويجرى الماء والبناء على السقف ويهدمه يغرم للفرقة الا الهواء بلا أصل وحبة بر » .

(٢) العلق شىء أسود يشبه الدود يكون فى الماء (المصباح) .

والمشترى عالم بمكانه قادر عليه فإنه يصح بيعه ، فإن باعه ممن يقدر المشترى إياه عند عجز البائع بأن كان مغصوباً أو آبقاً[1] على سيد ، على انتزاعه وهو جاهل ، فله الخيار ، وكذلك إذا كان عالماً قادراً ثم طرأ عجز ، فإن له الخيار ، وما سوى ذلك مما لا يقدر عليه ، لا يصح بيعه . فأما الطير ، فإن ضمه بُرْجٌ نظرت ، فإن كان واسعاً لا يوصل إليه إلا بتعب، فالأصح أنه كالسائب . وإن كان سائباً نظرت ، فإن كان نَحْلا صح على الأصح ، لأن إطلاقه من ضرورة ملكه ، بخلاف الطير ، فإنه يعيش محبوساً ، لأن الوثوق بعوده أكثر ، وأما غير النحل فلا يجوز بيعه سائباً ، ولا يجوز بيع جزء عَيَّنَه من سيف أو إناءٍ ، أو ثوب نفيس ينقص بفصله قيمة المفصول أو قيمة المفصول منه كنزع خشبة من سفينة ودار استثنى منها بيتاً وبقى ممر فيبيع الدار بنقص قيمة البيت ، ولا يصح بيع الدار. وإن أمكنه فتحه إلى شارع أو إضافته إلى بيت فلا ينقص . وقوله فى الحاوى : مقدور التسليم لا حمام البرج الخارج . وَبَعْضٍ مُعَيّن ينقص بالفصْل : فيه أمور :

أحدها : قوله مقدور التسليم ، يرد عليه بيع المغصوب ، والآبق الذى يقدر المشترى على تسلمه ، فإنه يصير بذلك مقوراً على تسلمه ، فلا يصح إلا بذكرهما[2] ، جميعاً ، لكونه قد صرح[3] بالحكم فى

---

(١) أبق العبد أبقاً : إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد عمل . (المصباح) .

(٢) أى بذكر المغصوب والآبق كما ذكره المؤلف بقوله : مقدور تسليم أو تسلم مغصوب وآبق . /م .

(٣) وفى ح « والمغصوب والآبق إلا أن يقدر المشترى على قبضه . وخير إن جهل أو عجز » .

موضع آخر فلو ذُكِرَ متصلا بالحد[1] كان استدراكا تمَّم به الحدَّ .

الثانى : أَنه خصص الحمام وخصص ما له بُرْج ، والظاهر أَنه أَراد بذلك إدخال ما سواه من الطير من طريق الاولى ، لكنه يرد عليه النحل ، فالأَصح جوازه خارج الجبلة .

الثالث : وبعضٍ مُعينٍ يَنْقُص بالفصل ظاهره - إن لم ينقص بالفصل ونقص غيره أنه لا يصح كذلك ، بل يشترط أَلا ينقص به المبيع ولا الباقى منه ، فلو قال بعض معيّن نقص فصله لعمهما .

الرابع : أَنه يرد عليه البيع الضِّمنى فى المغصوب والآبق ، وذلك أَنه يصح فيها على الأَصح تبعاً للعتق ، ولا يرد على الإرشاد ؛ لأَنه أَخرج الضمنى أَولا ، ثم تكلم على غيره .

وقوله : (وجَانٍ فى رَقَبَتِهِ مال ، لم يختر فداءه ، كعِتْق معسر له ، وَإيلَادِهِ ، ما لم تَعُدْ) .

أَى وإذَا جَنَىَ الرقيق جناية توجب المال نظرت ، فإن تعلق بذمته صح بيعه ، وإن تعلق برقبته نظرت ، فإن اختار السيد فداءه صح بيعه ، وإلا بطل كما إذا عتق[2] السيد المعسر هذا الجانى ، فإنه يبطل ، وكذلك لو كان هذا الجانى أَمةً فاستولدها السيد المعسر ، فإنه يبطل إلا فى الاستيلاد ما لم يملكها خالصة الرقبة من المال ، سواء فداها

---

(١) أى تعريف المقدور على تسلمه بأن قال كما قال المؤلف « مقدور تسليم أو تسلم مغصوب الخ ، لكنه ذكر حكم المغصوب والآبق بعد ذلك بقوله والمغصوب والآبق إلا أن يقدر الخ . /م

(٢) عتق العبد عتقاً من باب ضرب وعتاقاً ، ويتعدى بالهمزة فيقال : أعتقته فهو معتق .

أو بيعت فى الجناية ثم عادت على المذهب ، وإن أوجبت الجناية القصاص صح البيع والعتق ، وفهمت أن من تعلق برقبته مال ولو دَانِقًا[1] بجناية أو سرقة أو إتلاف عمدًا أو خطأ ، فإنه لا يصح بيعه ، وقوله فى الحاوى ، وجاز تعلق الأَرش[2] برقبته كإعتاق المعسر وإيلاده فيه أمران :

أحدهما : الذى جزم به فى العزيز[3] ، والروضة[4] ، ونقلاه عن صاحب[5] التهذيب أن بطلان بيعه إنما هو إذا لم يَخْتَر السيد فداءه ، فإن باعه بعد اخْتياره الفداء صحَّ .

الثانى : قوله : كاعتاق المعسر ، وإيلاده مقتضاه أَن الاستيلاد يبطل البيع والعتق وذلك وجه ضعيف، والمذهب أنه لا يبطل ، بل حق المجنى عليه مقدم فيها ، فإن تعلقت الجناية بالرقبة بطل من المعسر العتق ولا يبطل حكم الاستيلاد ، بل إذا بيعت ثم عَادَتْ إلى ملكه عاد الاستيلاد على الأَظهر .

وقـوله : (من ذى ولايةٍ ، وإن جَهِل ، فَيَبْطُل تصرف فُضُولِّى ، فى عين وذمة لِغَيْرِهِ) .

أَى : ويشترط لصحة البيع وقوعه من ذى ولاية بملك ، أو إِذْنٍ ونحوه ، وإنْ جهل . فلو باع مال أَبيه على ظن أَنه حَىٌّ فبان

---

(١) الدانق معرب وهو سدس درهم .

(٢) أنظر ما سبق (حاشية ٢ ص ١٤) .

(٣) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٤) راجع ص ٣٤

(٥) هو الحسن بن مسعود الفراء البغوى راجع ص ٢٧٠ الربع الأول .

مَيِّتَا ، صح البيع على الأَصح ، أَو باع عبده على ظنه آبقا ، فبان أَنه رجع ، صح . وإذا باع الفضولى[1] مال غيره ، أَو اشترى بغيبته لم يصح على الجديد ، ويجوز بالقديم ، ويوقف على رضى المالك والعمل على الجديد ، وكذلك لا يملك التصرف فى ذمة الغير بغير إذنه . فإذا قال : اشتريت لفلان بأَلف فى ذمته ، بغير إذنه لَغَا ، قال ، الْقُونَوِى ، وإن كان ، قول الحاوى : بِعَيْن مالِ غَيْرِهِ ، قد يوهم غير ذلك وإنما قال ذلك ، لأَنه لم يتعرض للذمة .

وقوله :(معلومِ عَيْنٍ ، وَمَمَرٌّ خُصِّصَ ، أَو كصاعٍ من صُبْرَةٍ ، لا صُبْرَةَ إلا صَاعًا قبل كيلها) .

أَى ويشترط أَن يكون المبيع ، معلوم العين للعاقدين جميعاً ، إلا فيما يذكر . فلا يصح بيع عبد من عبيد وثوب من ثياب . فإن باع ذراعاً من أَرض ، أَو ثوب مجهول الذراع ، بطل ، أَو معلومه صح . ونزل على الإشاعة إلاَّ إن أَراد التعيين ، فإن اختلفا ، فقال البائع أَردت معيبًا ، فالعقد باطل ، أَو قال المشترى أَردت مُشَاعًا فالعقد صحيح ، فوجهان ، رجح النووى قول البائع ، لأَنه أَعرف بنيته . وإذا باع دارا محفوفة بأَملاكه نظرت ، فإن اشترط المشترى ممراً من جانب ، ولم يُعَيِّنه فيه بطل البيع ، وإن عينه صح ، وإن كان متصلا بملك المشترى أَو شارعا لم يكن له المرور – مِلْكَ[1] البائع – إلا أَن قال بحقوقها ، وإن باع صاعاً من صُبرة معلومة الصِّيعان صح ،

---

(١) الفضولى من يتولى عقد البيع وليس بمالك ولا وكيل ولا مأذون له فى البيع أو الشراء وفيه الأقوال الثلاثة للشافعى كما ذكره الشارح /م .

لأَن الباقى بعد المستثنى معلوم القدر ، وإن كانت مجهولة ، لم تصح لجهالة عين المبيع وقدره ، وقوله فى الحاوى : معلوم العين والممر[1] : مقتضاه ، أَنه لو باع داراً محفوفة بأَملاكه ، وأَطلق ولم يبين الممر ، أَن العقد باطل ، والأَصح الصحة كما بيناه ، ويستحق المرور إليها ، وإنما البطلان إذا اشترط له ممرا ، من جانب مخصوص ، ولم يُعَيِّن .

وقـوله : (وَقَدْرٍ فى ذِمَّةٍ ، كَصُبْرَةٍ بِعَشَرَةٍ ، فإِنْ عَلِمَ تَحْتَهَا دَكَّةً ، بَطَلَ ، وإِنْ جَهِلَ خُيِّرَ) .

أَى إذا كان المعقود عليه فى الذِّمة ، اشترط معرفة القَدر ، وأَفهمك بذلك ، أَنه لا يشترط معرفة قدر المعين ثمناً كان أَو مثمَّناً فقوله كصُبرة بعشرة ، مثال للمعين ولما فى الذمة . وإنْ كان تحت الصُّبرة دكة ، أَو اختلف طرف السِّمَن[2] ونحوه دقة وغلظا ، نظرت . فإن علم بذلك أَو شرط ، وكبيع ما لم يره ، فلا يصح على الأَصح ، لأَنه يمنع تخمين القدر فلا يفيد العيان . وإن جهله صح على الأَصح . ويثبت له الخيار . وكذا إذا علم أَن تحتها انخفاضاً ، ويصح أَن يشترى بصبرة من الدراهم ، لكن العقد على الصبرة مكروه للمجازفة[3] .

وقـوله : (أَوْ كُلِّ صاعٍ بِدَرْهِم ، لا مِنْهَا ، أَو بعشرة ، كل صاع بدرهم ، إن اتفقا) .

---

(۱) أى أن الشارع ملك البائع وليس للمشترى حق المرور فيه فلا يصح البيع إلا إذا نص على حق المرور للمبيع كما أشار إلى ذلك بقوله إلا إن قال بحقوقها ، /م .

(۲) يقصد سمك الصبرة دقة وغلظاً ، وطولا وقصراً وانخفاضاً وارتفاعاً ، /م .

(۳) وكثرة مافيه من الغرر ، والسلامة فى عد المعدود ، ووزن الموزون وكيل المكيل وزرع المزروع ، فينفى الغرر بذلك ويصح البيع /م .

أى إذا قال بعتك هذه الصبرة ، كل صاع بدرهم صح ، فإن الثمن – وإن كان مجهولا حال العقد – إلا أنه مضبوط بما يوصل إلى نفى الغرر ، ولو قال بعتك منها كلَّ صاع بدرهم لم يصح ؛ لأنه بَيعُ بعضٍ يحتمل القليل والكثير ، وكذا إنْ قال بعتك كل صاع من الصبرة على الأصح ، لأن لفظة (مِنْ) : هنا تحتمل التبيين والتنقيص ، وذلك غرر . فإن باعه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم ، نظرت ، فإن كانت عشرة لا غير صح ، وإن كانت أقل أو أكثر ، لم يصح ، لتعذر الجمع بين ما فُصِّل وَأُجْمِل .

وقوله : (وبطل بيع عَبْدَيهما بألف ، أو أحدهما بحصته منه) .

أى إذا باعا ، ووكلا رجلا فى بيع عبدَيْهما – ولا شركة – بألف ، لم يصح بالجهل حصة كل واحد . وكذا لو باع أحدهما عبده بحصته من الألف لو وزع عليهما ، أمَّا لو باع . عبديه بألف ، فإنه يصح . ولا يضير الإفضاء إلى الجهالة بتقدير موت أحدهما قبل القبض ، لأنه يحتمل فى الدوام مالا يحتمل فى الابتداء .

وقوله : (مَرْئِىٌّ ، لا لشرَاءِ نَفْسه ، وكفى صِوانٌ ، وبَعْضٌ دَلَّ ، لا قَبْلُ بظن تُغَيِّر ، وأن ادعاه حَلَف وخُيِّر) .

أى وإنما يصح فى ظاهر ، مَرْئِى ، فلا يصح بيع ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، لما فيه من الغَرر ، فإن أَجَّر الأعمى نفسه أو اشتراها صح ، لأنه لا يجهل نفسه ، ويكفى رؤية الصِّوان ، الخلْفِى على التمر ونحوه ، وهو ما اعتيد إبقاؤه لصلاحه ، وإن كان

لا يدل على الصِّفة ، كقشر الرمان ، والبيض ، والقشرة السفلى لنحو الجوز واللوز . ولا يصح بيع اللُّب منه ، لأَنه غير مرئى ، والصوان المرئى غير مبيع . ويكفى رؤية بعض المبيع الذى يدل بعضه على ما فيه كظاهر الصبرة من الحنطة والشعير ، والجوز واللوز ، والسَّمْن وسائر المائعات من أَعلى الظرف . والحَنطة من الكوة فى بيت مملوء طعاماً ، مع العلم بعمقه وسعته ، وكذا إذا أَخرج فى كفه أَنموذجاً ثم رده فيه أَو أَدخله فى العقد لأَنه بذلك يكون قَدْ رَأَى فى بعض[1] المبيع ، فإن لم يفعل لم يصح البيع ، لأَنه ما رأَى المبيع ولا شيئاً منه . وأَما نحو الرمان والسفرجل ، والثياب ، لا تكفى إلاَّ رؤيتها واحدة واحدة بعد نشر الثوب ورؤيته ، وَجْهَىْ ذى الوجهين وسواء رآه حالة العقد ، أَو قبله فى مدة لا يَغْلب تَغيُّره فيها ، فإنْ طالت المدة ، وظَن تَغَيُّرَه ، أَو كان يسرع إليه الفساد ، لم يصح . فإنْ ادعى المشترى أَنه تَغَيَّر ، صدق أَنه تغير بيمينه وإن قربت المدة وثبت له الخيار .

(١) فى بعض المبيع ما يدل على المبيع والشرط كما قال : رؤية المبيع أو شيئاً منه يدل عليه فمفعول رأى حذف اختصاراً دل عليه قوله بعد : لأنه ما رأى المبيع ولا شيئاً منه /م .

بيع الربوى

وقوله : (فى مَطْعُومَيْن ، وجَوْهَرِىْ ثَمِنِّية ، غالِباً بحلول وتِقابضٍ فى مَجْلِس خِيَارٍ ، وبجِنْسِه بعِلْمِ تساوٍ فى مَكيل عَهْدِهِ ، عليه السلام كيلا موزونة ، ثم أَكْبر من تمر وَزْناً ثم عادة البلد) .

أى : إنما يصح البيع لما ذكرناه ، فى غير الربويات ، وأَمَّا فى الربويات ، فإن العوضين إذا جمعتهما عِلْةٍ واحدة فإن كانا مطعومين ، أَو من جَوْهَرِىْ الثَّمنيِّةِ ، نظرت ، فإن اختلف بأَنْ باع البرّ بالشعير ، والدخن بالذرة وباع الذهب بالفضة ، اشترط مع الشروط المتقدمة الحلول والتقابض فى المجلس قبل أَن يتفرقا أَو يتخايرا ، وذلك مجلس الخيار ، سواء باع أَحدهما بعين الآخر ، أَو فى الذمة . فإن أَجل أَو تفرقا أَو تخير قبل التقابض بطل العقد . وإن كان العوضان من جنس واحد ، كالبرّ بالبرّ ، والذرة بالذرة ، والذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، اشترط مع ذلك أَيضاً ، أَن يتساويا فى المكيل كيلاً ، والموزون وزنا . والأَصل فى ذلك حديث[1] عبادة بن الصامت « لا تبيعوا الذهب بالذهب

---

(١) الدخن : حب معروف . الحبة دخنة (المصباح) .

(٢) حديث عبادة بن الصامت رواه مسلم وأحمد والنسائى وابن ماجة وأبو داود ص ١٩٣ جـ ٥ نيل الأوطار ، وهو يشير إلى شروط بيع الربوى من جنسه والربوى بالربوى من جنس آخر فإن بيع الربوى بجنسه له ثلاثة شروط الحلول والتقابض والمماثلة (التساوى) وأما إذا بيع بغير جنسه كالذهب بالفضة والبر بالشعير فله شرطان الحلول والتقابض ولا تشترط المماثلة وهى التساوى فى المقدارين ، /م .

ولا الورق بالورق ، ولا البُرّ بالبُرّ ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، الا سواء بسواء عينـا بعين[1] . يداً بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر كيف شئتم ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى » .

واتفق الجمهور على أن غير ما ذكر مقيس على ما ذكره ، والعلة فيما عداه من المطعومات ، الطعم على الجديد من قولى الشافعى رحمه الله تعالى ، لأنه فى بعض الروايات علَّق الحكم بالطعام ، والحكم إذا تعلق بمشتق ، كان معللا بما مِنْه الاشتقاق ، كالقطع والجلد المعلقين بالسارق والزانى ، وفى القديم . اعتبر الكيل أو الوزن مع الطعم ، والعمل على الجديد ، فيدخل فيه كل مطعوم من مأكول ومشروب ، حتى الماء ، لأنه مطعوم لقوله تعالى : (وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْه فَإِنَّه مِنِّى)[2] ولا فرق بين ما يؤكل قوتا وتفكُّهاً ، وتداويا ، نادراً كان أو غالباً . والطين الأرمنى دواء ، فهو كالْهِلِيلج[3] دون الطين الذى يُسَفُّهُ آكله ، وكذلك دُهْن الكتان ، ودهن السمك ، لا ربا فيه ، لأنهما يُعَدَّانِ للاستصباح ، والسغن ، لا للأكل ، بخلاف

---

(١) هذه الفقرة (يداً بيد ولكن بيعوا الذهب . . . . .) ساقطة من (أ) وفى مكانها من (ب) وهى من تمام حديث عبادة بن الصامت ولفظه عند أحمد ومسلم « عن عبادة بن الصامت عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » ص ١٩٣ – ٥ نيل الأوطار ط (١)

(٢) آية (٢٤٩) من سورة البقرة .

(٣) لفظ معرب وهو بكسر الهاء واللام الأولى وفتح اللام الثانية وقيل بفتح اللامين وسكون الياء ويستعمل فى التداوى ٠/م٠

البنفسج والورد ، لأنه يتخذ منه للشم[1] وإنما لا يؤكل ضِنَّة به والحيوان لا يؤكل حيا ، فليس بربوى فقد[2] اشترى ابن عمر بعيراً ببعيرين بأمره صلى الله عليه وسلم » وأما الذهب والفضة ، فَعِلَّتهُما صلاحية ، الثمنية ، غالبا ، والعبارة ، تشتمل التبر ، والمضروب ، والحلى والأوانى المتخذة منها ، ولا يراد ثمن حلى ، لأجل صنعته ، من جنس الحلى ، وإنما قال غالباً لتخرج الفلوس وإن راجت لانتفاء الثمنية الغالبة ، ولم يذكر فى الحاوى[3] لفظة غالبا ، قال القونوى ، وقد يوهم مخالفة المصنف للرافعى فى إسقاط هذا القيد ، أنه يختار جريان الربا فى الفلوس ، إذا راجت وهو وجه ، صرح الرافعى بأنَّ الأصح خلافه انتهى . والظاهر أنه لا يوهم ذلك ، لإضافة الجوهرين إلى ما فيه الألف واللام للعهد ، فلا فائدة للتعريف إلا تخصيص الغالب ولا غالب إلا هذين ، وإن راجت الفلوس فى بعض البلاد ، رواجها ، فقد أخرجها بذلك ، نعم لو قال بجَوْهَرِىْ ثمنيَّةٍ ، كما فى الإرشاد ، لكان إخراجها يحتاج أن يقول غالباً والله أعلم . فقد علمت بما ذكرناه ، أنه يجوز أن يسلم ثوباً فى ثوبين ، وكذلك ما أشبهه ، إذا فقدتْ علة الربا ويشترط فى الربوى ، العلم بالتماثل حال العقد ، وإن كان فى أحد العوضين ، المكيلين ، وإن لم يعلم المماثلة وكذا إذا كان فى أحد

---

(١) فى الأصل : « لأنه يتخذ من السمسم » ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) وما روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه باع جملا يدعى عصفير بعشرين بعيراً إلى أجل رواه مالك فى الموطأ والشافعى فى مسنده ص ٣٠٤ ح ٥ نيل الأوطار ، وما روى عن عروة البارقى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشترى . . الخ ص ٢٤ ح ٣ بلوغ المرام

(٣) وفى ح « وفى مطعومين وجوهرى الثمنية بالحلول والتقابض فى المجلس قبل التخاير وبجنسه الخ .

الموزونين – لا المكيلين – قليل تراب . وتعتبر المماثلة[1] فى المكيل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكيل ، وفى الموزون على عهده بالوزن ، فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا ، ولا بيع سمن جامد بمثله كيلا ، ولا ذائباً بمثله وزناً على الأصح ، والملح مكيل ، فإن كان قطعاً كباراً وُزن كالذهب والفضة . وما لم يرد فى كونه ، مكيلا أو موزونا ، نصٌّ ، وجب أن ينظر ، فإن كان فرق التمر فى الجرم فالوزن ، وإلا فعادة بلد البيع على الأصح ، وقد أطلق فى الحاوى[2] اتباع العادة ، والذى نقله فى العزيز والروضة[3] عن المتولى وقررا ما ذكرناه .

وقوله : (فيبطل بيع صبرة بصبرة ، لا مكايلةِ وتساويا ، أو صُغْرى بكيلها من كبرى ، ولو تفرقا قبل كيل بعد تقابض الكل وكذا فى موزون) .

أى : لا يصح بيع صبرة بصبرة جزافا ، وإنْ خرجتا متساوتين . من اشتراط العلم بالمماثلة حال العقد ، فإن باعها مكايلة بأن قال : بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة ، مكايلة أو كيلا بكيل ، صح ، إنْ خرجتا سواء ، وإن تفاضلتا بطل . لأنه باعه الكل بالكل ، وإن باعه صبرة صغيرة بكيلها من كبرى جاز ، لتماثل العوضين ،

---

(١) يشير بذلك إلى حديث « ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المكيال مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكة » رواه أبو داود والنسائى ص ١٩٨ حـ ٥ نيل الأوطار .

(٢) وفى ح « وبجنسه بالعلم بمماثلة مكيال عهد النبى صلى الله عليه وسلم بالكيل وموزونه بالوزن وعادة بلده حيث لا نقل » .

(٣) صاحب التتمة راجع ص ٩٣ الربع الأول .

فإن تكايلا فى المجلس وتقابضا صح ، وما زاد فى الكبيرة على الصغيرة فهو لصاحبه . وكذا إذا تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل فى المسألتين جميعا ، قلت فى العزيز والروضة ، كما فى الحاوى[1] ، وقد استشكل من حيث أنهما قالا ، فى بَاب حكم المبيع قبل القبض : إذا اشترى صبرة مكايلة ، ولا يكفى للقبض ما سبق ، بل لابد من الكيل ، فيقال : وإذا كان القبض قبل الكيل لا يكفى ، فلا يخفى أن القبض فاسد ، بل قد صرحوا بفساده فكيف صح هنا ، وترتب عليه حكم القبض ، وليس بمشكل ، لأنه أراد لا يكفى بجواز التصرف فيه ، وإنما الإشكال عندى ، التصريح فيما بيع مقدراً بفساد قبضه جزافا مطلقاً ، وإشكاله من حيث أن جميع ما يتوقف عليه قبض المبيع يحصل بقبضه[2] جزافا لا التصرف فيه قبل التقدير المنهى عن بيع الطعام حتى تجزى فيه الصِّيعان[3] ، فيجوز التفرق بعد قبض الجزاف ، فى الربوى . وسقط بقبضه حق الحَبْس والضمان على البائع ، وبتلف من ضمان المشترى ويستقر به العقد ولا ينفسخ بتلفه . نعم للبائع المطالبة بتمييز حقه ، كالمشترك ، فلو كان البائع قد اكتاله لنفسه ، والمشْترِى حاضر ، وقبض بذلك الكيل لم يكن كافياً ، لجواز التصرف فيه ، ولم يكن للبائع المطالبة باسترداده ، لأنه ضرر . وللمشترى الاستبداد بكيله لنفسه . فبان أن الفساد فى

---

(١) ح « أو صبرة بكيلها من صبرة كبيرة وإن تفرقا قبل الكيل والوزن بعد تقابض الجملتين . حال الكمال » .

(٢) هذه الفقرة (يحصل بقبضه جزافاً . . . .) ساقطة من (أ) مع وجودها فى مكانها من (ب) .

(٣) الصاع : مكيال لأهل المدينة يأخذ أربعة أمداد (يذكر ويؤنث) فمن أنت قال : ثلاث أصوع مثل ثلاث أدور . ومن ذكره قال أصواع مثل أثواب . وقيل جمعه أصوع وأصواع وصيعان . والأمداد : جمع مد . والمد : ضرب من المكاييل وهو ربع صاع وهو قدر مد النبى صلى الله عليه وسلم والصاع خمسة أرطال (اللسان) .

حق جواز التصرف فقط ، والحكم فى الصبرة من الموزون ، كالحكم فى الصبرة من المكيل فلو باع صبرة دراهم ، بصبرة دراهم موازنة ، وتساويا ، أَو بوزنها من أَكبر منها ، صح .

وقوله : (ويُعْتَبر حَالَ الكَمَالِ ، كَلَبنٍ وسَمْنٍ ومَخيصٍ صِرْف ، وزَبِيبٍ وتمرٍ بنوىً ، وعَصِيرِ كلِّ مَطْعُومٍ والخلِّ بِلا مَاءٍ ، وجافِ حَبٍّ ، ولَحْمٍ بلا عَظْمٍ ، وجَوْزٍ ولَوْزٍ ، ولُبِّهِما ودُهْنِهَا ، لا سائر أَحْوالها) .

أَى : وحيث اشترط فى الربوى المماثلة ، فإِنما يَعْتبرها حالة الكمال وقد يكون حالة تهيُّئه لكثرة الانتفاعات ، وقد يكون حالة تهيوئه للادخار ، فاللبن كامل لفوات معظم منافعه ، وبفوات هيئته ، وحامضه كحلوه ، فيجوز بيع الحليب بالحامض كيلا ، وإِن تفاوتا بالوزن ، وكذلك السمن كامل والمخيض الصِّرْفُ كامل ، وهو الذى لا ماء فيه ، فلا يجوز بيع المخلوط بالماءِ بمثله وكذلك التمر والزبيب حالهما كحال الكمال ، فلا يباع رطب برطب ، ولا عنب بعنب . ولا منزوع النوى منها بمنزوعه ولا بغير منزوعه . ويباع عصير قصب السكر وعصير الرمان وعصير العنب وعصير الرطب وسائر المطعومات من الفواكه كل بمثله لأَنه فى حال كمال ، وكذلك خل عصير العنب والرطب وسائر الفواكه الذى لا ماء فيه . وما لايجف من الثمار لا يجوز بيع بعضه ببعض . فلا يباع الثمر إِلا بمثلها بعد الجفاف . وكذلك الحبوب يشترط جفافها . وكل دهن من الحبوب والجوز واللوز ونحوها كامل ، يجوز بيع بعضه ببعض . كذلك ما ربى بالطيب ، كالدهن من الورد ونحوه ،

ولا يَضُرُّ ما ربى به سمسمه ، واللَّحْم بعد الجفاف ، ونَزْع العظم[1] كاملٌ أَيضاً ، وما جرت العادة بتجفيفه من الثمار منزوعة النوى كالمشمش والخوخ جاز بيع بعضه ببعض كذلك ، ويشترط أَيضاً الجفاف فى الجوز واللوز ولُبِّهما ، ويجوز بيع كل منهما بمثله . ويشترط أن يتناهى ، جفاف اللحم وما يوزن بخلاف التمر ، وما يكال ، لا ربا فى رطوبة المكيل ، لا يَظهر فى الكيل ، وقليل الرطوبة تظهر فى الوزن . ولا يجوز بيع شئ مما ذكرناه بما يخرج منه ، إذا لم يكن ربويا ، كالنخالة من البر ، لأَنها ليست مأْكولة ، فيجوز بيعها بالْبُرِّ ، والمراد بالحب الجاف كالحنطة والشعير والذرة والسمسم . ونحو ذلك ، لأَن ذلك حالة كماله ، ولا يجوز المقلى منه بمثله ، ولا بغير المقلى منه والمبلول ، كذلك ، ويباع المشوش الذى لم يبق فيه شئ من اللُّب متفاضلا ، لأَنه حينئذ ، ليس مأْكولا ، وسائر أَحوال ما ذكرناه ، إذا انقلبت إليها ، لا يجوز بيع بعضه ببعض . وقال فى الحاوى : والجوز واللوز وزنا ، واعترض عليه ابن النحوى[2] ، وقال فيه أَمران :

الأَول : هذا إذا كانا جَافَّين ، وهذا لا يرد عليه ، لأَنه قد شرط فى الحبوب والثمار الجاف .

الثانى : أَن اللوز يكال[3] ولا يوزن وهذا هو الصحيح ، فاعتراضه فى موضعه .

---

(١) هذه اللفظة « العظم » ساقطة من (أ) مع وجودها فى (ب) .

(٢) راجع ص ١٧ الربع الأول .

(٣) بعض البلاد تبيعه موزوناً وفى عصرنا الآن إنه يباع موزوناً وقد تقدم أن الحكم فيه العرف عرف البلد الذى يبيعه /م .

وقوله :(كدقيق ، ومتأَثِّرٍ بنارٍ ، لا لِتَمَيْيز ، كسكَّر ، لا عسل كالسلم) .

أَى لا سائر أَحوالها كالدقيق والسَّويق ، وما تقدم بيانه ، ولا معروض النار ، والمراد ما يَؤثر فيه النار ، فعقده أَو يطحنه كالسكر ، والفانيذ ، واللبن المغلى ، واللحم المشوى ، والخبز ، لا يجوز بيع بعضه ببعض ولا أَن يسلم فيه ، لأَن عمل النار فيه يختلف ، واكتفى بذكره هنا ، فلم يذكره فى السلم ، فإِن عُرض عليها للتمييز والتصفية كالسمن من الروب[1] ، والعسل من الشمع ، لم يضر ، ولا يجوز بيع الشهد ، بالشهد ولا بالعسل ، لعدم التماثل ، ويجوز بيع الشمع بالعسل ، لأَنَّ الشمع غير ربوى .

وقوله :(إلا العرايا فى رطب وعنب ، بِشَجَرَةٍ ، خَرْصًا بجاف ، كيلا فيما دون خمسة أَوسق ، لا أَكثر فى عقد) .

أَى ويستثنى مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، العرايا ، لما صح « أَن رسول الله صلى الله عليه وسلم . رخص فى بيع العرايا[2] ، وصورته ، عند الشافعى رضى الله تعالى عنه ، أَن يبيع مقداراً مخصوصاً بطريق

---

(١) الروب : اللبن الرائب . والفعل : راب اللبن يروب روبا ورءوبا : خثر وأدرك فهو رائب . وقيل الرائب : الذى يمخض فيخرج زبده (اللسان) .

(٢) روى الشيخان عن سهل بن أبى حثمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص فى العرايا أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً » وقيس العنب على الرطب بجامع أن كلا منهما زكوى يمكن خرصه ويدخر يابسه . وحديث سهل متفق عليه ص ٢٠٠ حـ ٥ نيل الأوطار .

الخرص ، من الرطب ، والعنب ، على رأس النخل والكرم ، بالتمر والزبيب على وجه الأرض كيلا ، والاختصاص له بالمحاويج ، على الأظهر ، والْعُرْيَة فى اللفظ النخلة ، التى يُقَرّبها الرجل من جملة نخله أى يستثنيها ويُفْردها وخُصَّ به الرطب والعنب ، أما الرطب ، فللنص وألحق به العنب ، بتسوية بينهما ، لكثرة الحاجة إليهما ولذلك خصص ثبوت حق الفقراءِ فيهما ، من الزكاة ، وإنما خُصَّ العقد ، فيما دون خمسة[1] أوسق لأن تقدير ذلك ورد فى حديث أبى هريرة ولو خَفَّفَهُ ، فنقص كيله عن خرصِهِ نَقْصًا أكثر مما يتفاوت بين الكيلين بان بُطْلان العقد . وقوله فى الحاوى[2] : والعرايا فى الرطب والعنب على الشجرة والتمر والزبيب على الأرض ، ولا عكسه ، ولأن الكل مكيل ، ولا مخروص ولا التمر والزبيب مكيلان ، والرطب والعنب مخروصان ، ولا عكسه ، وقد بين ذلك كله فى الإرشاد .

وقوله : (وَمُخْتَلِفَا اسم أو أَصْلٍ ، جِنْسَان ، فَلَبَنُ ضأْن لا بَقَرٍ جنس ، وبطيخٌ وهندى جنسان ، كزيت ، وزيت فِجْلٍ) .

أى اعلم أنه لما ذكر امتناع بيع الربوى بجنسه متفاضلا ، وجوازه فى غيره ، وكانت الأجناس قد تشتبه ، ضبطها بما ذكره ، وهو أن المختلفان فى الأصل - وإن كان الاسم واحداً - أو فى الاسم - وإن كان الأصل واحداً - أجناس ، فالأول كالبطيخ اسم للأصفر والأخضر ،

---

(١) ولو اشترى أكثر من خمسة أوسق فى عقدين فأكثر جاز / هـ .

(٢) وفى ح « والعرايا فى الرطب والعنب دون نصاب الزكاة فى الجاف رخصة لا الزائد فى عقد . وماخالف غيره فى اسم أواصل غير جنسه » .

وهو الهندى ، وأَصْلهما مختلف ، وكذلك زيت الزيتون وزيت الفجل ، ولحم الإِبل والبقر والغنم كلها أَجناس ، لاختلاف أُصولها ، لا لحم الضأْن والمعز ، ولبنهما ، والثانى . كالقلب والكبد والكرش والطحال ، والأَلْيَةِ والرِّئَة كلها أَجناس ، لاختلاف الاسم - وإِنْ اتحد الأَصل - والطيور ، والسموك[1] ، والأَدقة ، والخلول ينظر فيها إِلى اختلاف الاسم والأَصل ، أَيضاً ، وقس على ذلك ، وقوله فى الحاوى : كالسكر والنبات والطير رَدٌّ ، أَعلم أن ذكره هنا ، يوهم جواز بيع بعضه ببعض ، وليس كذلك ، لكونه معروضاً على النار ، ولو كانا جنسين لجاز بيع أَحدهما بالآخر ، مع انعقاده .

وقوله :(وَبَطَلَ عَقْدٌ ، فى طَرَفَيْه ، جِنْسٌ رِبَوِىٌّ ، يُقْصَدُ وفيهما أَو فى طَرَفِ شىءٍ آخَرُ ، وَلَوْ نَوْعَهُ ، مَقْصُودًا أَوْ ضِمْنِىٌّ ، كبارز بطرف ، لا بِهِمَا) .

أَى ويبطل العقد الواحد إِذا جمع ، جنسا ربوياً ، فى طرفيه ، وهما العوض والمعوَّض ، وشيئاً آخر ، فى الطرفين أَو فى طرف ، سواء كان ذلك الشىٔ جنساً ربوياً أَو غيره ، وسواء كان ذلك من نوع ذلك الجنس أَم لا ؟ فمثال العقد الذى فى طرفيه ، جنس ربوى وشىٔ آخر ، ربوى فى الطرفين ، مُدٌّ عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، ومثاله فى طرف مد عجوة ودرهم بمد عجوة ، ومثاله فى الشىٔ غير الربوى ، فى الطرفين ، أَو فى طرف مد عجوة وثوب أَو بِمُدَّىْ عجوة ، واحترز بقوله : أَولا فى طرفيه ، جنس ربوى ، يقصد مما إِذا باع

(١) جمع السمك : سماك وسموك .

صاع بُرٍ بصاع شعير أحدهما حبات من الآخر ، فإنَّ ذلك لا يضر ، مع أَنَّهُ قد جمع جنساً ربوياً فى الطرفين وشيئاً آخر ، لأَن الحبات غير مقصودة بالعقد فلم تؤثر . وكذلك لا يجوز إذا كان الشئُ الآخر من نوع ذلك الجنس ، كمُدّ عجوة ، ومُدّ صيحانى[1] ، لم يضر ، لأَنهما ، جنس واحد ، وكذا لو كان فى أَحدهما حبات من الآخر ، لأَنها غير مقصودة بالعقد ، فلو باعه مد عجوة بمدى صيحانى وعجوة لم يجز ، لأَن كلا منهما مقصود بالعقد ، والردئ والجيد كالنوعين ، وكذا الصحاح والمكسر إذا اختلفت قيمتهما ، والأَصل فى ذلك حديث[2] فُضَالة « أنه أَتى النبي صلى الله عليه وسلم ، عام خيبر بقلادة من خرز وذهب ابتاعها من رجل بتسعة أَو بسبعة دنانير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا حتى تميز بينه وبينه ، فقال إنما أَردت الحجارة فقال : لا حتى تميز بينهما » . والعلة فى ذلك أَنه إذا اشتمل العقد على تخلفتين أَحوج إلى التوزيع وعبارة القيمة ، والتوزيع هنا توجب المفاضلة أَو الجهل بالمماثلة ، فإذا باع مداً ودرهما بمدين ، فالدرهم إما أَن يكون قيمة المد ، أَو أَقل أَو أَكثر ، فإن كان أَقل أَو أَكثر وقع التفاضل ، فإن كان قدر قيمته فالتساوى غير محقق لأَن التقويم تخمين ، يصيب ويخطئُ ، والمعتبر فى الربوى المماثلة الحقيقية ، ولهذا المعنى بطل فى مد ودرهم بمد ودرهم ؛ لأَن المعاوضة

---

(١) الصيحانى : ضرب من تمر المدينة وقال الأزهرى : الصيحانى ضرب من التمر أسود صلب المضغة . وسمى صيحاناً لأن صيحان اسم كبش كان ربط إلى نخلة بالمدينة فأثمرت ثمراً صيحانياً فنسب إلى صيحان .

(٢) حديث فضالة رواه مسلم والنسائى وأبو داود والترمذى وصححه ، وفى لفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينه وبينه ، فقال إنما أردت الحجارة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ص ١٩٦ ﺟ ٥ نيل الأوطار .

بين المجموعتين ، لا بين كل وجنْسِه ، وذلك يوجب التقويم ، ويوقع فى التخمين وكل ذلك داخل فى قوله وشىءٌ آخر ، أَما لو قال بعتك مداً بمد ودرهما بدرهم فإنه يصح ، لكنه يخرج عن مسأَلتنا ، لأَن العقد يتعدد بذلك ، ولا بطلان ، إلا إذا جمعهما عقد . وأَما الشىءُ الضمنى ، فإذا كان فى الطرفين لم يضر ، كبيع سمسم بسمسم ، وشاة بشاة ، لا لبن فيهما ، وإن كان فى طرف كبيع شيرج بسمسم ولحم وشاة لم يجز ، لأَنه بيع دهن بدهن وَكُسْبٍ ، وبيع لحم بلحم وجلد وقلب وكبد وغيره ، وقوله : فى الحاوى[1] : وإن جمع عقد جنساً ربوياً ، إلى قوله بطل فيه أُمور .

أَحدها : وإن جمع جنساً ربوياً ، واختلاف الجنس ، فاللام فى الجنس للعهد ، ويؤيده قوله بعد والنوع ، ولا يمكن حَمْلُه لغير ذلك الجنس الربوى الذى تقدم ذكره وإذا كان كذلك علمت أَن مسأَلة ، القلادة الواردة فى الحديث غير مذكورة فيه ، لأَن الخرز ليس ربوياً

الثانى : أَنه يلزم من قوله : وإذا جمع جنساً ربوياً ، فى طرفيه ، واختلاف الجنس ، أَنه لو باع صاع بُرٍّ بصاع شَعِيرٍ وفى أَحدهما حبات من الآخر أَنه لا يجوز ؛ لأَنه جمع جنساً ربوياً فى طرفيه ، واختلاف الجنسين وهو جائز ؛ لأَن من شروط ذلك الجنس أَن يكون مقصوداً ، وهو قد خصص اشتراط تمييز النوعين ، .

الثالث : قوله : واختلاف الجنس والنوع مع تمييز أَحد النوعين

---

(١) وفى ح « وإن جمع عقد جنساً ربوياً فى طرفيه ولو ضمنا فى طرف لافيها واختلاف الجنس والنوع مع تمييز أحد النوعين عن الآخر ، لا إن باع دارا بذهب فظهر فيها معدن الذهب أو باع داراً بدار فيهما بئر ماء لغ » .

عن الآخر ، يقضى بأن غير المميز لا يضر مطلقاً ، وليس كذلك بل إذا كان المختلط غير المقصود ، فإن كان مقصودا بالعقد ، كمد من عجوة من صيحانى وعجوة ، لم يجز . فلو شرط عوض التمييز أن يكون مقصوداً لكان أشمل ؛ لأن التمييز لا يدخل فى العقد ، حتى يقصد ، فاشتراط القصد يشمل المميز ، والكثير المختلط لا يشملهما .

وقوله :(وَصَحَّ بَيْعُ دَارٍ ، وبكلٍ بِئْرُ مَاءٍ ، أو بِذَهَبٍ ، وبها مَعْدِنُ ذَهَبٍ جُهِلَ) .

أى وإذا باع داراً بدار ، وفى كل من الدارين بئر ماءٍ أو اشترى داراً بذهب لا يَعْلَمُ فيها معدناً ، فظهر فيها مَعْدَنُ ذهبٍ صح البيع فيهما ، وعلل الصحة فى العزيز[1] والروضة بأن ذلك تابع ، وفيه إشكال ، فقد ذكر فى الألفاظ المذكورة التى تطلق فى البيع عند ذكر بيع الدار أن الْبِئْر يدخل فى بيع الدار إلا الماء الذى فيه ، وأنه يجب اشتراطه ، لئلا يختلط بماء المشترى ، فصرحا كما ترى بأنه غير تابع ، وأما المعدن ، فقد صرح فى الألفاظ المذكورة ، أنه إذا باع أرضاً أو داراً وفيها معدن باطن كالذهب والفضة أنه يدخل فى البيع ، إلاَّ أنَّه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بذهب انتهى ، قال البارزى[2] : هذا محمول على ما إذا علم بالمعدن ، وما ذكره أولا ، محمول على ما إذا جهل ، وقال الأسنوى[3] ، لا أثر للجهْل بربوى ، قلت قد

---

(١) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٨٨ الربع الأول .

(٣) راجع ص ١٤٤ الربع الأول .

يتسامح بالجهل فى التوابع والمعدن من توابع الأَرض ؛ ولهذا يدخل فى بيعها بطريق التبعية ، وإنما منعُوا بَيْعها بالذهب لأَن المعدن بعد العلم صار كالمقصود بالشراءِ ، فمنع من بيعه بذهب ، وأَما عند الجهل به غير مقصود والجهل بالمخلوق فى الأَرض ، لا يؤثر فى بيعها ، بالبطلان

وقــوله : (لا لحم ، بِحَيَوَانٍ) .

أَى لا يصح بيع لَحْم بحيوان . سواءٌ كان من جنس الحيوان أَم لا ، وسواء مأْكولا أَم لا ؟ لعموم النهى عن بيع اللحم بالحيوان .

وقــوله : وبطل بتفريق ، بَيْن ولد لم يُمَيِّز ، وأُمٌّ ، ثم أُمِّهَا ، وأَب ، وكذا هبةوقسمة ، لا عِتْق وَوَصِيَّةً وبيعاً لِرَهْنِ أَحدِهما ، وقُوِّمَ حاضِنًا ، أَو مَحْضُونًا ، وقُوِّمَا ووزع .

أَى ويبطل البيع بالتفريق بين الولد الذى لا يُمَيِّز وبين أُمِّه ، فإِن باعه معها صح ، وإِن كان هناك أُمها أَو أَبوه . فإِن فُقِدت الأُم وأُمها باقية ، وأَبوه ، فبيع مع أَحدهما لا وحده صح ، ولا أَثر لأُم الأَب ، والأَصل فى ذلك الحديث[1] ، « لا تُولَه والدة بولدها » ولا يتعدى الحكم إِلى البهائم ، لكن لا يباع قبل استغنائه عن لبن

---

(١) الذى رواه أحمد والترمذى بلفظ عن أبى أيوب قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من فرق بين والدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ، وروى الترمذى وابن ماجة عن على عليه السلام قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما وفرقت بينهما ، فذكرت ذلك له فقال : أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما ألا جميعاً . رواه أحمد وفى رواية للترمذى وابن ماجة عن على عليه السلام قال : وهب لى النبى صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما ، فقال لى ياعلى مافعل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده ، ص ١٦١ حـ ٥ نيل الأوطار وأما حديث « لاتوله والده بولدها » مروى عن أبى سعيد عند الطبرانى وأخرجه البيهقى بإسناد ضعيف عن الزهرى مرسلا ص ١٦٢ حـ ٥ نيل الأوطار .

أمه ، وقال القونوى[1] : إن فى كلام الحاوى ما يشعر بتعديته إليها وليس كما قال . فإن قوله إلى التمييز كاف فى إخراج البهائم ، وسواءٌ كان التفريق ببيع أَو هبة أَو قسمة ، ولا يضر التفريق بالعتق ، لأَن العتيق منهما يملك نفسه . ولا يمنع من الوقوف بقرب الآخر ويجوز التفريق بالوصية لأَنه غير مقطوع به ، فقد يعيش الموصى إلى بلوغ الولد أو موته ، وله رهن أَحدهما دون الآخر ، إذْ لا تفرقة لبقاء الملك فيهما للراهن ، فيجب أَن يأْمرها بتعهد الولد وحضانته ، ثم إن احتيج إلى بيع المرهون بأَن لم يجد الراهن فداء بِيعا ثم يقسم الثمن بين الراهن والمرتهن ، وهذه القسمة تتعين عند إفلاس الراهن ، وتعلّق الغرماء لما يخصه ، وإلا فعليه قضاء دينه ولو استَغْرَقتْهُمَا ، ثم القسمة بالتوزيع ، فإن كان المرهون الولد ، قُوِّم وحده على أَنه محضون ثم يقومان ، وإن كان المرهون الجارية قومت حاضنة وحدها ، فإذا قيل بمائة ، قومت مع الولد ، فإذا قيل مائة وعشرون ، اقتسما الثمن أَسْدَاسًا. والذى صوره الرافعى والنووى والمصنف ، أَنها تقوم وحدها ، ثم هى والولد مطلقاً ، وأَنكر عليهم الأَسنوى وقال : هذا إنه محضون وحده ، فإذا قيل عشرة قوِّم هو والأُم ، فإذا قيل مماية ، اقتسموا أَعشارا فَيُعْطَى مرتهن الولد العشرة . والذى فى الإرشاد يوافقه ، ويخالفه ما فى العزيز[2] والروضة والحاوى .

وقوله : (وَبِشَرْطِ مقصودٍ ، لم يوجبه ، وإن حُذِفَ لا بخيار ،

---

(١) راجع ص ٩١ الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

وَإِشْهَادٍ ، ومعلوم أَجلٍ ما بذمَّتِه وكفيلٍ ورهنٍ ، غير المبيع بالثمن ، وبتعذرها ، خُيِّر ، وكذا بِعَيْبِ رهنٍ ، فإن علم بعد قبض وحدوث عَيْبٍ ، أَو تلف فلا) .

أَى ويبطل إن باع بشرط فيه غرض مقصود لا يوجبه البيع[1] «لأَنه صلى الله عليه وسلم ، نهى عن بيع وشرط» ومقتضاه امتناع كل شرط إلا أَنه فهم أَن المراد ، كل شرط يُؤَدِّى إلى بقاءِ عُلْقة بعد الْعَقْدِ تقع بسببها منازعة ، أَو يفضى إلى تفويت مقصود العقد ، وما عداه مستثنى من النهى . وقد ضبط الأَصحاب صحيح الشروط وفاسدها وقاسموها فقالوا : الشرط ، إما إن يَقْتَضِيهِ مطلق العقد أَولا ، فالأَول كالقبض والانتفاع والرد بعيب واشتراطها لا يضر ولا ينفع . والثانى إما يتعلق بمصلحة العقد ، أَولا ، والأَول قد يتعلق بالثمن كشرط الرهن والكفيل ، وقد يتعلق بالثمن كشرط الخيار ، فهذه الشروط لا تفسد العقد ، وتصح فى نفسها . والثانى[2] : إما أَن لا يكون فيه غرض يورث تنازعاً ، أَو يكون ، فالأَول كشرط أَلا[3] يأْكلَ إلا الهريسة ، فهذه لا تفسد العقد وَيَلْغُو ، وإن كان فيه غرض أَفسد ، وقد احترز عنه المصنف بقوله مقصود ، فقرر أَن المفسد غير ما يستثنى بشرط لا يوجبه العقد ولا هو من مصلحة العقد وفيه غرض كشرط أَلاَّ يقبض

---

(١) وقد احتج به الشافعى على ذلك مع ما فيه من مقال ، إلا أنه صحح الاستدلال به ، وقالوا أنه أعم فى الاستدلال على النهى عن بيع وشرط . ص ١٧٩ ح ٥ نيل الأوطار .

(٢) أى من النوع الثانى وهو مالم يتعلق بمصلحة العقد .

(٣) بالياء أو التاء على المعتمد ، ، إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الحرير ، إن جاز وألا بطل كبيع سيف بشرط أن يقطع به الطريق ، وإنما بطل بشرط أن يصلى الفرض أول وقته أو أن تجمع له بين أدمين لأنه ليس من جنس مايلزمه بوجه ف

المبيع إلا بعد شهر ، وألاَّ يخسر فيه . فإن خسر فيه ضمنه البائع ونحو ذلك . وإن حذف الشرط بعد العقد لم ينقلب صحيحاً سواء حذف فى مجلس الخيار أو غيره ، والشروط التى من مصلحة العقد ، منها شرط الخيار وسيأتى ذكره فى بابه ، وأخرناه إليه لأنه أنْسَب. ومنها شرط الإشهاد ، لأنه من مصلحة العقد ، قال الله تعالى « وَأَشهدوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ »[1]. ومنها شرط الأجل ، المعلوم[2] [فيما عقد عليه فى الذمة ، لأنه من مصلحته ، فإن عقد على معين وشرط فيه الأجل] بطل لأنه خلاف ما يوجبه العقد ، ومنها شرط الكفيل ، وشرط الرهن ، فإنهما من مصلحة العقد أيضاً ، والعلم بهما شرط ، ولذلك قدم قوله ومعلوم أجل ليشمل الثلاثة ، ولو قال أكفل لك عدلا وصفة لم يكف ، فإن قال أكفل زيدا وهو يعرفه ، أو رفع فى نسبه ووصفه ، أو هذا وهو لا يعرفه ، صح . وأما الرهن فيكفى فى تعريفه ، أن يصفه بصفة السلم ، ويشترط أن يكون المشروط رَهْنُه غير المبيع [ولو[3] شرط رهن المبيع] لم يصح شرط فى العقد ، أن يرهنه إياه بعد القبض أو قبله ولا يشترط معرفة الشهود ، إذْ إثبات الحق بالعدول لا يتفاوت ، فإن تعذر الكفيل والإشهاد أو الرهن ، بأن امتنع الكفيل مثلا ، أو مات العاقد قبل أن يشهد له ، أو امتنع أو تلف الرهن ، خُير فى البيع الذى شرط له فى ذلك ، وكذا إذا بان الرهن معيباً وإن قبضه المرتهن ، وهذا إذا لم يتلف بعد القبض ، أو لم يعيَّب ، فإن تعيَّب بعد

---

(١) آية الدين ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) مثبتة فى (ب) فى موضعها وبهامش (أ) .

(٣) ساقط من (أ) ومثبتة فى مكانها من (ب) .

القبض لم يكن له الفسخ بالعيب القديم ، ولا المطالبة بأَرشه ، كما لو تلف ، وقوله فى الحاوى : ولا يشترط الإشهاد كالرهن ، ومعلوم أَجل ورهنٍ غير المبيع والكفيل لثمن ، ويتعذره وعيّنه خُيِّرَ ، إلا أَن تَعَيَّب بعد العقد وهلك : فيه أُمور :

أَحدها : أَنه أَطلق إِنْ شرط الأَجل المعلوم[1] فى تسليمه بطل العقد ، وقد اعترض عليه ابن النحوى[2] بذلك .

الثانى : قوله وبتعذره وعَيَّنَه خُيِّر ، أَراد بتعذر كل من الكفيل والإشهاد ، والرهن . وعَيْب الرهن وحده أَنه لا يضر بعَيْب الكفيل ، فلو شرط كفالة رجلٍ فافتقر أَو بان فقيراً ، أَو أَبدل الكفالة ، لم يكن له أَن يفسخ ، وليس فى كلامه ما يوضح ذلك المعنى .

الثالث : قوله إن تَعَيَّب أَو هلك ، بعد القبض ، لا يسبق إلى رأيه . أَراد أَنه إذا رهنه سليما فتعيَّب بعد القبض وهلَك ، لم يكن له أَن يَفْسخ ، ولم يرد ذلك ، وإنما أَراد أَنه إذا رهنه مَعِيبًا ، ولم يعلم بالعيب حتى قبضه ، وهلك بعد القبض ، أَو تَعَيَّبَ ، لم يكن له الفسخ بذلك العيب القديم ولا المطالبة بالأَرش .

وقوله : (ولا بشَرْطِ برَاءةٍ من العِيُوب ، أَو أَنْ لَا يُرَدَّ بِهَا ، وَبَرِئَ مِنْ عَيْب باطنٍ جهله بحيوان فقط) .

---

(١) الأجل المعلوم فى تسليم العوض سواء كان فى الذمة أومعيناً ، وليس على أطلاقه ، فإذا كان فى الذمة صح أما إذا كان العوض عيناً فاشتراط الأجل المعلوم مبطل ، ف

(٢) راجع ص ١٧ الربع الأول .

أى : ولا يبطل بشرط براءة من العيوب ، فإذا باع كذلك ، نظرت ، فإن كان المبيع غير الحيوان لَغا الشرط ، وصح العقد على المذهب ، وإن كان حيواناً نظرت ، فإن كان العَيْب باطناً ولم يعلم به البائع ، برىء على المذهب ، وإن كان ظاهراً لم يبرأ لأَن ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم بالبراءة ، وقال : المبتاع لابن عمر بالعبد داء لم تسمّه لى فاختصما إلى عثمان ، فقضى عثمان على أن ابن عمر يحلف لقد باعه هذا العبد وما له داء يَعْلَمُه ، فأَبى ابن عمر أَن يحلف ، وارتجع العبد فباعه بعد ذلك بأَلف وخَمْسمائة ، ولأَن الحيوان ، لا يخلو من عيب ظاهر وباطن ، فلو لم يَجُزْ ذلك ، لأَدى إلى أَن لا يلزم بيع الحيوان ، وأَمَّا المعيب المعلوم فإخفاؤه تدليس ، وأُلحق به الظاهر غير المعلوم ، لأَن صاحبه غير معذور ، فى عدم الاطلاع عليه لسهولتة ، وأَما العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض ، لا يبرر منه ، وكذلك لو قال بشرط أَن لا يُرَدّ بعيب ، فإنه كقوله بشرط البراءة من العيوب . ذكره فى العزيز والروضة[1] وقوله فى الحاوى[2] : وبراءة عيب لا يعلم البائع فى الحيوان فيه أُمور :

أَحدها أَنه لما كان مستثنى من الشروط المفسدة للعقد ، لزم أَنه إذا شرط البراءة من عيب يعلمه فى الحيوان أَن العقد يبطل ، وليس كذلك ، وإنما يبطل الشرط فقط .

---

(١) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٢) وفى ح « وبراءة عيب لايعلم البائع فى الحيوان وعتق المبيع .

الثانى : أَنه يلزم منه أَيضاً أَنه إِذا شرط البراءة . من عَيْب لا يعلم به البائع فى غير الحيوان ، أَنه يبطل العقد أَيضاً وهو وجه فيهما . والأَصح أَنه يلْغُو الشرط فقط كما ذكر فى العزيز والروضة ، وغيرهما .

الثالث : أَنه جعل عدم العلم بعيب الحيوان مانعاً من الرد مطلقا وليس كذلك ، بل هو مخصوص بما إِذا كان باطناً فى الحيوان أَما إِذا كان ، غير الحيوان ظاهراً ، فالصحيح أَن للمشترى الرَّدُّ .

وقــوله : (وصَحَّ بشرط عتقٍ ، ممكن مُنَجَّزٍ ، لا عن غَيْرِهِ) .

أَى : وصح البيع بشرط عتق المبيع[1] لقصة بريرة وإنما يصح بشرط العتق ، إِذا أَمكن . فإِن لم يمكن ، بأَن اشترى الرجل أَباه أَو ابنه بشرط أَن يعتقه فإِن البيع باطل ، لأَنه لو صح لعتق عليه بالشراءِ ، ولم يمكنه الوفاء بالشرط ، فحكم ببطلانه . وكذلك لا يصح إلا إِذا شرط عتقاً منجزاً ، فإِن قال : بشرط أَن تعتقه إِلى شهر ، أَو بشرط أَن تدبره ، أَو تكاتبه ، لم يصح العقد. وكذلك لا يصح بشرط العتق ، إِلا إِذا أَطلقه ، أَو قال عن نفسك . فإِن قال بشرط أَن تعتقه عنى ، أَو عن زيد لم يصح العقد ، ولو لم يذكر فى الإِرشاد ، الوقف ، لأَنه غير مستثنى[2] ، منها مع ما قبله وبعده ، وقوله

---

(١) وهى عن عائشة قالت دخلت على بربرة وهى مكاتبة فقالت اشترينى فاعتقينى قلت نعم ، قالت لايبيعونى حتى يشترطوا ولائى ، قلت لاحاجة لى فيك ، فسمع بذلك النبى صلى الله عليه وسلم . أو بلغه فقال ما شأن بربرة ؟ فذكرت عائشة ماقالت فقال اشتريها فاعتقيها ويشترطوا ماشاءوا قالت فاشتريتها فأعتقتها واشترط أهلها ولاءها فقال النبى صلى الله عليه وسلم ، الولاء لمن أعتق وأن اشترطوا مائة شرط ، رواه البخارى ولمسلم معناه ، ص ١٨٠ حـ ٥ نيل الأوطار .

(٢) أى من القاعدة المتقدمة وهى قوله بشرط مقصود لم يوجبه والعتق مستثنى ، /هـ .

فى الحاوى : وعتق[1] المبيع ، لا بعد شهر فيه أَمران : أَحدهما : أَن تعتقه عنى ، أَو عن زيد فالبيع باطل . وقال القونوى[2] : لا يرد عليه لأَن العقد لا يبطل ، ولكنه يلغُو الشرط ، واعترض - رحمه الله تعالى - فى قوله العزيز[3] والروضة[4] وإِذا صححنا بشرط فذلك ، إِذا أَطلق ، ولو قال بشرط أَن تعتقه عنى ، فهو لاغ ، وعبارة الروضة ، وكذلك ، وهو محمول على أَنهما أَرادا ، لعقد ، كما قاله القمولى[5] . وصرح به النووى ، فى المهذب[6] كذا نقله ابن النحوى[7] عنه ، ولأَنه إِذا قال بشرط أَن تعتقه ، عن نفسك . ويكون الولاء لى ، بطل العقد ، فكيف وقد شرط العتق والولاء لنفسه .

الثانى : مقتضى كلامه ، أَنه لو اشترى من يعتق عليه ليشرط العتق صح ، وليس كذلك ،بل لا يصح ، لأَن هذا شرط لا يمكنه الوفاء به ، قاله فى العزيز والروضة عن القاضى حسين[8] .

وقـوله : (وله قبله وَطْءٌ ، وانتفاع ، وقيمة ، إِن قبل ، لا بَيْعٌ وأَجارة ، وتكفير به) .

---

(١) وفى ح « وعتق المبيع لا بعد شهر وتدبيره وكتابته ووقفه وللبائع المطالبة .
(٢) القونوى راجع ص ٩١ الربع الأول .
(٣) راجع ص ١٣
(٤) راجع ص ٣٤ الربع الأول .
(٥) القمولى راجع ص ٣٦٤ الربع الأول .
(٦) راجع ص ١٢ ، ص ٣٣٧ . الربع الأول
(٧) ابن النحوى راجع ص ١٧ الربع الأول .
(٨) راجع ص ٢٠٤ الربع الأول .

أى : وللمشترى المشروط عليه العتق ، أن يطأ الأَمة ، قبل أن يعتقها ، وله أَن يستخدم المشروط عتقه قبل أَن يعتقه وإن قُتِل ، فله قيمته ، لكن ليس له أَن يبيعه ، ولا أَن يؤجره ، كذا ذكره النسائى فى شرح جامعه . ونقل عن النووى فى شرح المهذب ، تصحيحه ، وهو خلاف ما يقتضيه كلامه ، فى الروضة ، فإنه قال : ويكتسب ولا أَن يعتقه عن كفارة لزمته ؛ لأَنه مستحق للعتق .

وقوله : (ولبائعه ، مطالبته ، بعتْقِهِ ، ويُجَبَرُ ، وأَن أَولدها) .

أَى : وإذا اشتراه بشرط العتق وامتنع ، فللبائع مطالبته بالعتق لأَنه ثبت شرطه وله غرض تخليصه ولذلك قد تسامح فى الثمن ، ثم المشترى يجبر على إعتاق ، فإن أَصر أَعتقه عليه الحاكم على الأَظهر ، كما يُطَلِّق على الْمُوَلى ، والثانى يحبسه حتى يعتقه ، ويُجْبَر على العتق ، ولو استولدها ، فإن ذلك ليس عِتْقاً . وفنهم من استثنائه ، العتق وحده ، أَنه لو اشترط البائع الولاء لنفسه ، أَنّ البَيْع بَاطِلٌ .

وقوله :(وبشرط وَصْفٍ يُقْصَدُ ، كحَامِلٍ ولبون ، وَبَطَلَ إن بِيْعا معاً ، أَو استثنى ولو شَرْعاً)[1] .

أَى : إذا باع العبد ، بشرط أَنه كاتب ، أَو الدابة بشرط أَنها

---

(١) كما فى بيع حامل بحر ، أو بقيد أو التى بضرعها لبن ، لغير مالك الأم ، وإن كان للمشترى بنحو أيصاء لأن الحمل لايدخل فكأنه مستثنى وإنما صح بيع دار مؤجرة ، لأن الحمل أشد اتصالا من المنفعة لإفرادها بالعقد دونه فيصح استثناؤها شرعاً دونه وإنما يبطل بيع دار بشرط استثناء منفعتها مدة معلومة لأنه ينافى مقتضى العقد ، فليس مما نحن فيه نعم الأوجه أن استثناء منفعة الدار المؤجرة لايؤثر لأنه تصريح بمقتضى العقد ، ف .

حامل ، فالبيع صحيح لأَن ذلك من مصالح العقد التى تتعلق بالثمن . وكذا إذا اشترط أَنَّها لبون ، وإنما يصح بشرط اللبن إذا أَطلق ، فلو شرط كَوْنها تحلب كل يوم رطلا ، أَو رطلين من اللبن لم يصح ، لأَن ذلك لا ينضبط ، وهذا إذا باع الحامل التى شرط حَمْلَها وأَطلق . أَما إذا قال بعتك هذه الدابة وحَمْلها ، أَو هذه الشاة وما فى ضِرْعها ، فإن البيع يبطل ، لأَنه جمع فيه بين مجهول ومعلوم ، ولو باع الجبة وحشوها فقيل على الخلاف ، وقيل يصح قطعاً ، لأَن الحشو داخل فى مسمى الجبة ، والحمل واللبن ليس بداخل فى اسم الشاة . وكذلك يبطل البيع إذا بيعت الحامل دون حَمْلها لما فيه من استثناء الحمل ، وذلك لا يجوز ، كما لا يجوز استثناء العضو . والجامع بَيْنهما . أَن كلا منهما لا يجوز إفراده بعقد ، ولا يجوز بيع الحامل بحر ، لأَن الحر حينئذ كالمستثنى .

وقوله :(ومَقْبوضٌ بفَاسِدٍ ، كَمَغْصُوب ، لَكِنْ وطوُءُ شبهةٌ[1] ، لا أَنْ عَلِمَ والثَّمنُ نَحْوُ دَم) .

أَى : إذا اشترى شراء فاسداً بوجه من الوجوه المفسدة للعقد ، وقبضه ، فله حكم المغصوب فعليه الرد ومؤونته ، ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن ، ولا يتقدم به على الغرماءِ ، ويلزمه أَجرة المثل للمدة التى فى يده مطلقاً ، وإن تَعَيَّب فعليه الأَرش ، وإن تلف لزمه ، أَقصى القيم من يوم القبض ، إلى التلف ، ويضمن الزوائد المتصلة

(١) أى إذا جهل واطىء وموطوءة فساد البيع مطلقاً أو علماه أو أحدهما ، والثمن مما يقصد كخمر ، فيثبت النسب ويجب المهر ولا حد لاختلاف العلماء فى حصول الملك حينئذ ، ف .

والمنفصلة ، ولا يرجع بما أَنفق عليه وإن كان جاهلا على الأَصح ، وإن وطئها فإن كانا جاهلين فلا حَدَّ ، وإن كانا عالمين ، نظرت ، فإن اشتراها بدم أَو حَبَّتى حنطة وَجَبَ الْحَد ، لا إن اشتراها بخمر أَو شَرْطٍ فاسد لاختلاف العلماء فى حصول الملك بذلك ، فيصير كالواطئ فى النكاح بلا ولى ، وقوله فى الحاوى : ووطؤه شبهة يرد عليه ما ذكرناه من أَنه إذا كان الثمن غير مقصود فإنه يُحَدُّ إذا علم ، إذْ لا خلاف بين العلماء أَنه لا يملك .

وقوله : (وَلَحِقَهُ مَا شُرِطَ ، قبل لِزُومٍ ، حتى زيادة ثمن ، ومُثَمَّن) .

أَى : وما شرط فى مدة الخيار ، فهو كالمشروط فى العقد ، يفسده إن كان مُفْسداً ، ويلزم إن كان صحيحاً ويتعدى إلى أَنه لو باع عبداً بمائة ، ثم اشترط المشترى أَن يزيده على العبد ، عَبْداً آخر فى مقابلة المائة ، فقبل البائع كانا كالمعقود عليهما بالمائة ، وكذلك الزيادة فى الثمن . وهذه العبارة أَتم ، من عبارة الحاوى[1]. وسواء كان ذلك فى خيار المجلس أَو خيار الثلاث ، وإن كان الخيار فيهما لهما أَو لأَحدهما .

وقوله : (وحَرُمَ بعِلْمٍ احتكارُ قوت[2] ، وصدُ جَالِبٍ

(١) وفى ح « وصح شرط أجل وخيار وزيادة ثمن ومثمن حال الجواز »

(٢) كتمر وزبيب وكل مجزىء فى الفطرة ، وكذا قوت البهائم ، بأن يمسك ما اشتراه فى وقت الغلاء ، ويظهر ضبطه بالعرف ليبيعه بأكثر ، عند اشتداد أهل محله ، أو غيرهم ، إليه ، وإن لم يقصد ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « لايحتكر إلا خاطىء » أى آثم أما احتكار طعام غير قوت لم يشتره ، كغلة ضيعته ، أو اشتراه وقت الرخص ، أووقت الغلاء لنفسه وعياله ، أو ليبيعه لا بأكثر أو بأكثر وهو جاهل ، بالنهى فلا يحرم ، والأولى بيع مافضل عن كفاية مئونة=

مِثْلَه[1] ، فى الحاجة ، عن تعجيل بيع) .

أى : هذه صورة ما يحرم ولا يبطل به العقد ، وإنما يحرم على من علم التحريم ، لأن من لم يُنْهِ إليه النهى غير منهى ، فمنها الاحتكار وهو أن يشترى القوت فى وقت الغلاء ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة ، قال صلى الله عليه وسلم[2] « لا يحتكر إلا خاطئ» أما من اشتراه فى وقت الرخص ، وباعه فى وقت الغلاء فهو فى معنى الجالب ، ولا بأس بإمساكه غلة ضيعته . والأَولى أن يبع منها عند حاجة الناس ما فضل عن نفقته ، ونفقَة عياله . وكذلك يحرم أن يأتى إلى آخر قد جلب قوتاً أو متاعاً نعم الحاجة إليه مثل عموم حاجة القوت ، فصدّهُ عن تعجيل البيع ويقول أَحْبسه لأَبيعه على التدريج بثمن أَغبط ، وهذه معروفة بمسألة بيع الحاضر للبادى ، وليس كون الجالب بدويا ، والبائع له حضريا ، شرط ، لكن ورد هكذا ، على الغالب بل لو كان الجالب حضريا ، وعَرْضُهُ البيع مُعَجَّلاً ، فقال له بدوى ، أنا أَبيعه لك قليلا حرم عليه ، وللتحريم شروط أن يكون عالماً بالنهى .

= سنة فإن خاف جائحة فى زرع السنة الثانية فله بلا كراهية ، إمساك كفايتها ، ومحله ، إن لم تشتد ضرورة الناس لما عنده ، وإلا أجبر على بيع ماتوق كفاية سنة ، والكلام حيث لم يتحقق اضطرار معين ، وإلا لم يبق له شىء ، كما يعلم مما يأتى فى مبحثه ف .

(١) قوله مثله فى الحاجة ظاهرة بل صريحه . أنه لايحرم صد جالب القوت نفسه وإنما الذى يحرم صد جالب مثله فإن قلت إذا حرم صد جالب مثله حرم صد جالبه بالأولى أو المساواة ، قلت هذا يستدعى توفر شروط القياس ، وأنا لطالب الفقه إحسان ذلك فى أوائل طلبه ، فلو قال جالب عام حاجة السلم من ذلك ، ف

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوى ، ص ٢٢٠ ح ٥ نيل الأوطار .

الثانى : أَن يكون المتاع مما تعم الحاجة إليه .

الثالث : أَن يكون صد الجالب عن تعجيل البيع بمشورته ، فلو ابتدأَه الجالب ، فقال أَلا تبيعه على التدريج ، أَو قصد الإقامة لبيعه كذلك ، فسأَل البدوى تَفْوِيضَه إليه ، ولو سأَله ، أَن يبيعه على الفور لم يحرم ، ولو استشاره ، فهى له أَن يرشده إلى المصلحة بذلك . فيه وجهان . وهذه كلها مفهومة من الإرشاد .

وقوله فى الحاوى : وحرم الاحتكار فى القوت والتسعير ، والتربص بسلعة البادى برفع الثمن ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه أَهمل العلم وقد بيّنا أَن من لم يَبْلُغْه غير مَنْهى

الثانى : أَن قوله سلعة البادى ، عامٌّ بكل سلعة ، والصحيح أَن ذلك يختص بما تَعُم الحاجة إليه .

الثالث : أَنه لو قال سلعة الجالب لكان أَولى ، لأَن ذلك لا يختص بالبادى .

الرابع : أَن التربص بسلعة البادى عام سواء كان السائل لذلك البدوى أَم الآخر وليس كذلك ، بل هو مختص بما إذا سأَله الآخر ، أَمَّا إذا كان البادى هو السائل فلا يحرم .

وقوله : (واشْتِراءُ متاعِه ، ابتداء خارجاً ، قَبْل علمه سِعْرَه ، وخُيِّر أَن غُبِن) .

أَى : يحرم أَن يشترى متاعَ الجالب قبل دخوله البلد وعلمه بالسعر ، سواء أَخْبَره بكساد ما معه ، أَم لا ؟ وسواء كان المتاع طعاماً أَم لا ؟ وسواء صدقه أَمْ لا ؟ وإنما يحرم إذا ابتدأَه بالمبايعة ، أَمَّا إذا عرض عليه الجالب البيع فأَجابه إلى الشراء منه لم يَحْرم ، فإن ارتكب المحظور واشترى منه ، ثم قَدِمَ البلد فبان أَنه مغبون ثبت له الخيار ، بل لو صدقه ولكن غلا السعر بعده ، فإنه ثبت له الخيار ، وإن لم يكن مغبوناً فلا خيار على الأَصح وقوله فى الحاوى : وشراء متاع غريب لم يعرف السعر ، وخُيِّر إنْ غُبن فيه أُمور :

أَحدها - قوله : وشراء ، وقد عد الشراء من صرائح الإيجاب ، فهى غير ما أَراد ، لأَنه لا يحرم على الغريب بيع متاعه .

الثانى - قوله : متاع غريب ، ليس الغريب قيداً لازماً ، بل الحكم فى كل قادم واحد سواء كان غريباً أَو بلديا.

الثالث - أَن ذلك لا يحرم إلا إذا ابتدأَهم بالمبايعة ؛ أَما إذا عرض القادم الشراء بذلك السعر فاشتراه به فإنه لا يحرم عليه ، ولا خيار له ، ومقتضى كلامه تحريم الجميع ، والصحيح خلافه .

الرابع - أَنه جعل الشراء قبل علمه السعر محرما على الإطلاق ودخل البلد أَم لا ، وليس كذلك ، بل إنما يحرم قبل دخول البلد .

وقوله : « ونَجْشٌ بلا خِيَارٍ ، وسَوْمٌ على سَوْمٍ تراضيا به ، وبعد عَقْدٍ أَشَدُّ ، وتسعِيرٌ » .

أي : ويحرم النَّجْش ؛ وهو أن يساوم في سلعة ، ويرفع في ثمنها بغير رغبة ، بل لِيَغُرَّ من يشتريها . فمن اغتربه واشترى فلا خيار له لتقصيره ولو كان ذلك مواطأة من البائع . وأطلق الشافعي رحمه الله القول بتَعْصِية الناجِش ، ويشترط في تعصية البائع على بيع أخيه العلم بالنهى ؛ فقالوا : إنما سكت ، لأن النجْش خديعة ، وتحريم الخديعة واضح . وقال الرافعي : وذلك ، أن تقول البيع على بيع أخيه إضراراً ، وتحريم الاضرار معلوم ، فالوجه تخصيص المعصية بمن عرف التحريم لعموم أو خصوص . والذى قاله هو الحق ؛ ولهذا لم يخصص التحريم في الإرشاد بعلم النهى ، بل قال وحرم أي بعلم التحريم مطلقا ، ليدخل النجْش .

وكذا يحرم السوم على السوم ؛ وهو أن يتبايع رجلان في سلعة ويستقر الثمن ، ويتراضيا عليه ، فيجيء رجل فيزيد للبائع في الثمن ، أو يعد المشترى بأغبط منها ، وذلك حرام ، هذا قبل العقد ، فإن كان بعد العقد فهو أشد تحريما ، وذلك هو البيع على بيع أخيه .

والشراء على شراءِ أخيه ، وصورته ؛ أن يجيء وقد تبايعا وهما في مجلس الخيار ، فيحمل أحدهما – بما ذكرنا – على الفسخ ، هذا إذا فعله بغير إذن من يتضرر بالفسخ ، أمّا إذا فعله بإذنه فلا حرج .

ويحرم التسعير أيضاً ، لماروى[1] : « أنه غلا السعر على عهد

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي ، حـ ٥ ص ١٢٩ نيل الأوطار .

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، سعر لنا ، فقال : إن الله هو المسعر ، والقابض والباسط ، وإنى لأرجو أن ألقى ربى وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة » ، فدل على أنه حرام .

وقـوله : (ولو جمع عقد ، عقدين[١] ، مختلفين كبَيْعٍ[٢] وسَلَم ، لا جَعَالةٍ ، أو حِلاًّ وغَيْراً عُلِمَ لكتابة وبيع أو انفسخ فى بعض يتصور ، بَيْعُه كَسَقْفٍ تلف[٣] صَحَّ بقِسْطٍ) .

أى : ولو جمع عقد عقدين مختلفى الحكم ، وكانا صحيحين كبيع وسلم ، وبيع وصرف ، وبيع وإجارة ، لا بيع وجعالة ، كما قاله فى باب المسابقة من الروضة ، صح فى كل بقسْطِهِ . يشير بهذا إلى تفريق الصفقة ، فإذا قال : ابتعت منك هذا الثوب ، وألزمت ذمتك صاع بُرٍّ ، سلما بقشره صح . ويقوَّمُ الصاع ويقوم الثوب ، ويقسط الثمن عليهما على قدر القيمة ، وكذلك إذا قال : أجرتك هذه الدار ، وبعتك هذا العبد بـألف ؛ وزعا[٤] على قيمة العبد وأجرة مثل الدار ، وكذا إذا قال : بعتك هذا الثوب وهذا الدينار

---

(١) وشرط صحة المختلفين ، أن يتفقا لزوما أو جوازاً /م .

(٢) وإنما يبطل العقد فى خمس نسوة نكحن معاً ليس فيهن نحو أختين لأن تصحيحه فى بعضهن تحكم ، إذ لا مرجح وكذا لو أجر هذا المرهون مدة تزيد على محل الدين أو زاد فى العرايا على القدر الجائز أوفى خيار الشرط على ثلاثة أيام ، أو فاضل فى ربوى وقد اتحد الجنس فيبطل العقد فى الجميع ، ومثله مالو أجر ناظر الوقف ، مدة تزيد على ماشرطه الواقف من غير حاجة للزيادة ليبطل فى الكل على الأوجه ؛ لأن المتصرف عن الغير متى خالف المأذون له فيه ، بطل تصرفه من أصله ، أما إذا قدم الحر على غيره كبعتك الحر والقن ، فيبطل فيهما على الأوجه لأن العطف على الباطل باطل كما فى نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتى ف .

(٣) قبل قبض وعبدين باعهما صفقة فتلف أحدهما قبل القبض ، أو تخمر بعض العصير قبله ، أو انهدم مستأجر أثناء مدة الإجارة ، أو تفرقاً قبل قبض البعض الربوى ، والسلم ف .

(٤) يقصد وزّع الألف على كل من قيمة العبد وأجرة مثل للدار ، /م .

بكذا ، صح ووزع الثمن على قيمتهما وإنما سماها مختلفة ؛ لأن السلم بيع عين فى الذمة ، يشترط فيه قبض الثمن فى المجلس ، وقد يتعذر فى وقته فينفسخ . والصرف ، كذلك ، يشترط فيه التقابض ، والإجارة مؤقتة وبيع منفعة فقط ، فإن جمع ما يجوز بيعه وما لا يجوز ، كعبده وعبد غيره ، أو عبده وحُرٌّ ، صح فيما يملكه بسقطه على الأظهر . ويُقَوَّم العبدان ويقدر الحر عبدا ، ويوزع على القيمتين . ومن شرط تفريق الصفقة ، ألاَّ يكون غير الجائز مجهولا ، فإن كان مجهولا لم يصح بالتعذر التقسيط عما نصوا عليه ، وكذلك إذا كاتب وباعه ثوباً بألف فى عقد واحد ، فالكتابة صحيحة دون البيع ؛ لأن عقده ، وقع قبل تمام الكتابة ، فَيُقَوَّم العبد والثوب ، ويقسط الألف عليهما ، ويكون مكاتبا بقسطه من الألف . ولو باع ثوباً وخنزيراً بمائة ، قدرنا الخنزير شاة على الصحيح ، ووزعنا الثمن عليهما ؛ لأنه لا يمكن التقسيط إلاَّ بتعيين الخلقة ، ويقدر الميتة مذكاة ، وكذلك إذا باع عبدَيْه بألف ، فتلف أحدهما قبل القبض ، فالمذهب أنه ينفسخ البيع فى التالف وحده ، ويقسط الثمن على ما ذكرناه ، وهذا تفريق الصفقة فى الدوام ، والشرط فى هذا أن يكون التالف مما يفرد بالعقد كالعبدين ، وأن كلا منهما يفرد بالعقد ، أو ما يتصور إفراده بالعقد كسقف من الدار فإذا اشترى داراً ، واحترق سقفها قبل القبض انفسخ الْبَيْع فى ذلك التالف ؛ لأنه يتصور أن يفرد بعقد إذا فُصِلَ من البيت بخلاف العقد بقطع يده ، فلا يثبت هنا تقسيط ؛ لأن عضو العبد لا يمكن إفراده

بعقد ، أما لو اضطرب السقف ، أو انهدم ولم يتلف ، فليس إلا الخيار ، وقوله فى الحاوى[1] : والسوم بعد قرار الثمن ، ولابد إلى قوله صح بالقسط فيه أمران :

أحدهما : أنه لو اقتصر على تحريم السوم بعد قرار الثمن ، ولابد من التراضى بذلك ، وإلا فقد يستقر الثمن ولا يحصل به رضاً ، فلا تَحرم الزيادة ،

الثانى : أنه لو اقتصر على قوله : أو حِلا وحِرْمًا ، والشرط فيما لا يجوز بيعه منهما أن يكون معلوماً فإن كان مجهولا لم يصح فيهما على المذهب .

وقوله : (كَنِسْبَةِ ثُلُثٍ مِنْ مُحَابَاةِ مَرِيضٍ ، وخُيِّرَ مُشْتَرٍ جَهِلَ ، فَإِذَا باع مَرِيضٌ بمائة ما مَلك ، وَقِيمَتُهُ ثَلَاثُمَائَة صَحَّ فى نِصْفِهِ بِنِصْفِ الثمن ، أَو مَائِتَان ، فَفِى ثُلُثَيْه بِثُلُثَىْ الثَّمنِ وإن تَلِفَ الثَّمن ، ففى ثلث بِثُلثٍ) .

أَى يقسط فى تفريق الصفقة كما يقسط فى محاباة المريض ، ثم إذا تبعضت الصفقة على المشترى ، نظرت ، فإن اشترى عالماً بأنها تتفرق عليه ، فلا فسخ له ، وإن كان جاهلا بذلك فله الخيار . ومن اشترى عبدين ، فتلف أحدهما قبل القبض فهو جاهل بالتلف ، والمشترى من المريض لا يعلم أنه يموت ، ولأن الورثة لا يُجيزون ، فلكل الخيار ،

---

(١) وفى ح « والسوم بعد قرار الثمن والبيع والشراء عليها ولو جمع عقد عقدين مختلفين أو حلًّا وحُرْما لكتابة أو بيع أو انفسخ فى بعض كتلف مايفرد بالعقد ، كالسقف صح .

لكن إذا اشترى حلالا وحراماً عالما ، لا خيار له ، وإطلاق الحاوى يقتضى أن له الخيار ،وليس كذلك عندنا إلا مسألة المحاباة ؛ فالمريض إذا باع وحابى بما يتحمله الثلث ، فلا اعتراض عليه ، وإن حابى بما لا يحتمله الثلث ، راعينا نسبة الثلث ، فإذا باع عبدا قيمته ثلاثمائة بمائة ولا مال له غيره ، بطل فى الزوائد على الثلث ، فيرد بعض المبيع فوجب أن يرد إلى المشترى ما يقابله ، وحينئذ ، تتفرق الصفقة ، وتدور المسألة ؛ لأن ما ينفذ فيه البيع ، يخرج[1] [من التركة وما يقابله من الثمن يدخل فيها ، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع] يزيد بزيادة التركة ، وينقص ، بنقصانها ، وأن التركة تزيد بحسب المقابل الداخل ، والمقابل يزيد بحسب زيادة المبيع وهذا دَوْرٌ ؛ وطريقه أن ينظر إلى ثلث المال ، وينسب إلى قدر المحاباة ، وإن كان الثلث نصفها أو ثلثها أو غير ذلك ، صح البيع فى القدر بنسبته منها ، مثاله باع عبداً يساوى ثلاثمائة بمائة ، ولم تجز الورثة ، فقد حابى بمائتين ، وثلث ماله مائة ، فإذا نسبته إلى المحاباة ، فإن كان نصفها فيصح البيع فى نصف العبد بنصف الثمن ، فيبقى مع الورثة نصفه ، وقيمتهماية وخمسون من الثمن ، وذلك ثلثا المال ، ومع المشترى نصف العبد بمائة وخمسين ، فثمنه عليه خمسون ، وحصل له مائة محاباة وهى ثلث المال ، فإن كان العبد يساوى مائتين ، صح البيع فى ثلثيه بثلثى الثمن ؛ لأنك إذا نسبت ثلث ماله ، وهو ستة وستون ، وثلثان ، وجدته ثلثى المحاباة ؛ لأنَّ المحاباة مائة فيبقى للورثة

---

(١) هذه الفقرة (من التركة وما . . . . . .) ساقطة من (أ) وفى مكانها فى (ب) .

ثلث العبد ، وقيمته ستة وستون وثلثان ، معهم مثلها من الثمن ، وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وهو ثلثا التركة ، ومع المشترى ثلثا العبد ، وقيمته مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وقد بذل فى ثمنه ستة وستين وثلثين ، وبقى معه محاباة مثلها وهو ثلث المال ، وهذا كله ، فيما إذَا مات والثَّمنُ باق ، فإن مات وقَدْ أَتلفه ، صح فى الثلث بثلث الثمن لنقصان ماله بقدر المتلف وهو المراد بقوله : وإن تلف الثَّمَنُ ففى ثلث بثلث ، وإن كان العبد يساوى ثلاثمائة ، والشراء بمائة وقد أَتلفها ، فالتركة بعد قدر المتلف مائتان ، وهو ثلثا العبد ، فيرد منها إلى المشترى ، ثلثا الثمن وهو ستة وستون وثلثان ، ويأْخذ ثلث العبد بثلث الثمن ، فيبقى للورثة ماية وثلاثة وثلاثون وثلث ، وهو ضعف ماحصل للمشترى من المحاباة ؛ لأَنه حصل له ثلث العبد وهو يساوى مائة ، وقد بذل فى ثمنه ، ثلاثة وثلاثين وثلث ، فالباقى لهمحاباةً سِتَّةٌ وستونَ وثلثان ، فلو كانت قيمة العبد مائتين والشراءُ بمائة وأَتْلَفَها ، فكل مَاله ، ثلاثة وثلاثون وثلث ، والمحاباة مائة فثلث المال ثلثها ، فيصح ثلثى فى ثلث العبد بثلث الثمن ، فتكون التركة ثلثى العبد ، وقيمتها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فيرد منها إلى المشترى ثلثا الثَّمنِ ، وهو ستة وستون وثلثان ، فيبقى للورثة ستة وستون وثلثان ، وذلك ثلثا المال ومع المشترى ثلث العبد ، ستة وستون وثُلُثَان ، وبذل منها نصفها ، وبقى نصفها محاباة وهو ثلث المال المخلف .

وقـوله :(وَيَتَعَدَّدُ عَقْدٌ بِتَعَدُّدِ عَاقِدٍ ، أَو تَفْصِيلِ ثَمَنٍ كَبِعْتُ ذَا بِـكَذَا أَوَذَا بِـكَذَا) .

أى : إذا باع من اثنين عبدا ، فقال بعتكما هذا العبد ، فقبلاه ، فهما عاقدان ، لكل فرد نصيبه بالرد ، وكذلك إذا قالا لواحد ، بعناك عبدنا فقبِل هو ، فهما عاقدان وله رد نصيب أَحدهما ، وإذا بان نصيب أَحدهما حُرًّا ، فلا خلاف فى صحة بيع نصيب الآخر ، ولو قال بعتك هذا بدرهم فهما عاقدان ، وإن قبلهما معاً لأَن القبول مرتب على الأَبحاث ، وله رد أَحدهما ، دون الآخر بالعيب .

الخيار فى البيع

وقوله : فَصْلٌ[1] (ثَبَتَ خِيَارٌ ، بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ[2] ، كَبَيْعِهِ ، مِنْه لِطِفْلِهِ ، وَيَتَبَعَّضُ باخْتِيَارِهِ لا فراقه) .

أى : يثبت خيار المجلس ، ولا يتعلق لفراق شىء ، بل هو للتروى[3] لقوله صلى الله عليه وسلم : « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يتخايرا » ولا يثبت إلا فى المعاوضة المحضة ، وهى التى تفسد بفساد العوض ، فليس الخلع ، والنكاح ، والصلح عن الدم معاوضة محضة ؛ لأنها تفسد بفساد العوض ، ولا معنى للخيار فى العقد الجائز من الجانبين لأنهما بالخيار أبداً ، ولا من جانب كالكتابة والضمان والرهن ، لأن أحدهما بالخيار أبداً ، والآخر داخل موطنا نفسه على الغبن ، ويثبت فى العقد اللازم الوارد على عين معينة أو موصوفة فى الذمة ، كأنواع البيع من الصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، والتولية والتشريك ، وصلح المعاوضة والسلم حتى لو باع ، أو اشترى لطفله من نفسه فإنه بالخيار من نفسه وللطفل ، فإذا أَلزَم لنفسه بقى الطفل ، وإذا أَلْزم للطفل

---

(١) فى الخيار . وهو طلب خير الأمرين وهما هنا إمضاء البيع وفسخه ، وهو إما خيار ترو وله سببان المجلس والشرط ، وإما خيار نقص وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطى أو تغرير فعلى أو قضاء عرفى وقد ذكرها مرتبة كذلك ف .

(٢) المعاوضة المحضة هى التى تفسد بفساد العوض واقعة على عين لامنفعة ، لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهرى ، ولا جرت مجرى الرخص ، وإن استعقب عتقاً كبيع ولو لمن يعتق على المشترى ، كسلم وهبة ذات ثواب على المعتمد وصلح معاوضة على غير منفعة ، ولو فى عقد تولى الأب طرفيه ف .

(٣) رواه الشيخان جـ ٥ ص ١٨٤ نيل الأوطار .

بقى نفسه ، وإن فارق موضعه لزم العقد ، لأن الفراق لا يتبعض بخلاف الاختيار ، وقوله فى الحاوى : كالبيع مع طفله ، وإن لزم لنفسه بقى للطفل : فى عبارته يجوز فى موضعين .

أحدهما قوله : مع طفله لأن البيع ليس مع الطفل ، والثانى أنه لم يذكر ما لزم للطفل قد يوهم أن اختياره للطفل اختيار لنفسه ، وليس كذلك .

وقوله :(ولا يثبت بشفعة ، وحوالة وكتابة واشترائه نفسه ، ولا فى منفعة كنكاح وخلع وعوضهما) .

أى لا يثبت الخيار[1] فى الشفعة ، أما المشترى فلأنها تُؤْخَذُ منه قهرا ، وأما الشفيع ، فلأن تخصيص خيار المجلس بأحدهما بعيد عن القياس ، وأما الحوالة ، فلأنها بَيْع دين بدين ، وليس هذا وضع المَعاوضات ، فخرجت عند حكمها ، وأما الكتابة ، فلما بيناه آنفاً ، وأما العبد المشترى نفسه ، فلأنه فى معنى العتق له وأما الوارد على المنفعة فالإجارة للعين والذمة ، فلأنه غرر فى نفسه ، وارد على المعدوم فلا يُضَمُّ غرر إلى غرر ، وعقد الخلع والنكاح وارد على المنفعة ، والعوض فيهما تابع وقد خرجا بقوله محضة .

---

(١) الخيار يثبت قهراً فى المجلس لكل بيع وإن استعقب عتقاً كشراء بعضه وذلك كربوى وسلم وتولية وتشريك ولا يثبت فى قسمة بمورد ولا فى حوالة ، ولا فى إبراء وصلح حطيطة ونكاح وهبة بلا ثواب ونحو ذلك مما لاتسمى بيعاً ويظل بخيار المجلس مالم يتفرقا قال بعض الفقهاء وإن ظل أكثر من ثلاثة أيام من غير تفرق فالخيار باق ، هذا والخيار نوعان خيار تشه ، وخيار نقيصة ، فخيار التشهى مايتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر فى المبيع ، وله سببان المجلس ، ويثبت قهرا مالم يتفرقا وهو ما كلام الشارح بصدده والثانى خيار الشرط أى أن يشرط الخيار لهما لمدة أقصاها ثلاثة أيام فقط كما أفاده حديث « فإذا ابتعت نقل لا خلاية»وشرط له الفقهاء ثلاثة أيام فقط، وأما خيار النقيصة وسيأتى أنه المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من قضاء عرفى أو التزام شرطى ، أوتغرير فعلى شرح المغنى /م .

وقوله :(وَانْقَطَع بِتَخَايُرٍ أَو تَفَرُّقٍ طَوْعًا ، لا بِمَوتٍ وجُنونٍ) .

أَى يمتد خيار المجلس إلى أَن يتخايرا وذلك بأَن يقولا اخترْنا ، أَو أَمضيْنا البيْع أَو أَجَزْناه ، أَوْ أَلْزَمْنَاه و نحوه ، فإِنْ قال أَحدهما للآخر اختَره ، فاختار انقطع خيارهما ، وإن سكت انقطع خيار القائل على الأَصح ، لأَنه دليل الرضا ، والتفرق أَن يفترقا بأَبدانهما ، فلو أَقاما فيه مدة ، أَو تماشيا منازل ، فهما على خيارهما ، ولابد من التفرق المعتاد ، فإن كانا فى دار أَو سفينة صغيرتين ، فبأَن يخرج أَحدهما منها ، أَو يصعد إلى السطح ، أَو كبيرتين فبأَن يخرج من بيت إلى صحن ، أَو عكسه ، وإن كانا فى صحراء أَو سوق أَو دار متفاحشة الاتساع ، وولى أَحدهما الآخر ظهره أَو مشى قليلا ، حصل التفرق ، ولا يحصل بإِرخاءِ ستر ، وبناءِ جدار ، لأَن المجلس ما تغير ، ولو تناديا بالبيع من بعد فلهما الخيار ، ما لم يفارق أَحدهما موضعه ، فإن فارق بطل خياره ، وكذا خيار صاحبه على الأَصح ، ولا يعتبر إلا بتفرق طوعاً ، أَما إذا تفرقا كرْهًا ، بأَن حملا فلا يبطل خيارهما ، أَو حمل أَحدهما وأَخرج من المجلس فلا يبطل خياره وإن لم يُسَدَّ على فيه ، وإذا لم يبطل خياره ، ولم يَتْبعْهُ الآخر ، بطل خياره إلاَّ إن منع ، وكذا لو ضربا أَو أَحدهما فخرج على الأَصح ، ولو هرب أَحدهما بطل خيارهما ، ولو لم يتمكن الآخر من متابعته ، لأَن الهارب غير مكره ، وكان يمكن الواقف الفسخ بلا اتباع ، وإن مات أَحدهما أَو جن أَو كلاهما لم يبطل الخيار ، بل ينتقل إلى الوارث ، والسيد فى مكاتب ومأْذون وإلى وَلى المجنون كخيار الشرط ، والعيب ، فإن

كان الوارث فى المجلس ، انتقل إليه ، وامتد حتى يتخايرا ، فإن كان غائباً فالأصح ، أن له الخيار حتى يفارق مجلس الخيار ، وإذا فسخ بَعْضُ الورثة انفسخ فى الجميع ، ولو خصص نصيبه فلو فارق أحد الورثة المجلس ينقطع خيار الآخر .

وقوله : (وبشرطه ثلاثا ، من العقد ، فأقل مقدراً فى مُعَيَّن يبقى بها لعاقد ، وموكل وأجنبي لا أن حرم تفرق ، بلا قبض ، أو اختص بمشْتَرٍ بَعْضَهُ[1]) .

أى : ويثبت الخيار فى المعاوضة المحضة بالشرط ، وهذا القسم الثانى من خيار[2] التروى ، فإذا باع بشرط الخيار ، ثلاثة أيام فما دونها صح ، للحديث[3] « فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثاً » ومن قال لا خلابة ، فهل يثبت له الخيار ، إذا لم يصرح : الأصح أنه إذا عرفا معناها فى الشرع الخيار ثلاثاً صح ، ولو علم البائع وحده ، لم يكف على الأصح ، ويشترط أن يكون الأقل عن الثلاث مقدراً ، وألا يكون ابتداءُ الخيار منفصلا عن العقد ، وأن لا يزيد الخيار على الثلاث ، وأن يكون فى مُعَيَّن ، فلو اشترى عَبْدَيْن على شرط الخيار فى أحدهما لم يجب ، وقوله فى الحاوى : بلا إبهام : أراد ، أن تكون المدة فيما دون الثلاث مقدرة ، وألا يكون الخيارفى أحد العبدين ،

---

(١) بخلاف شرطه لهما أو للبائع إذ لا يعتق إلا باللزوم ف .

(٢) ويسمى أيضاً خيار التشهى لأنه باختيار المتعاقدين يوماً أو يومين أو ثلاثة لايزيد إجماعاً /م .

(٣) لفظ الحديث « إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » "رواه البيهق وابن ماجة بإسناد حسن قاله النووى ورواه البخارى فى تاريخه مرسلا ، » حـ ٥ ص ١٨٣ نيل الأوطار .

بلا تعيين ، ثم إذا اشترط خيار الثلاث فيما لا يبقى فيها ، بطل العقد . كمن اشترى هريسة بشرط الخيار ثلاثاً ، ولم يتعرض لهذه فى الحاوى ، ويصح بشرط الخيار للعاقدين ولأحدهما ، وإن كان وكيلا ويجوز أن يشرطه لموكله ، ولو لم يأمره ، ويجوز شرطه لأجنبي بإذن الموكل ، وإنما جاز شرطه للأجنبي لأن الحاجة قد تدعوه لذلك ، بأن يكون أعرف ، ولا يجوز شرطه فى عقد ، يجب قبض العوض فيه فى المجلس ، كصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم ، وكذا إذا اشترى من يعتق عليه لا يصح شرط الخيار له وحده ، لأنا لو صححناه لعتق عليه ، ويكون الملك لمن انفرد بالخيار على الصحيح ، ولو شرط الخيار له وللبائع صح ، ويثبت له الخيار لأن الملك يكون موقوفاً ، ونقل ابن الرفعة ، عن الخوارزمى أن خيار الثلاث فى المصراة لا يجوز شرطه للبائع ؛ لأنه يمنع الحلْبَ ، ويَضُرُّ بها ، قلت وهذا مشكل جداً ، فإن كون اللبن للبائع ، إذا انفرد بالخيار لا يختص ، بل كل لبون ، هذا حكمها ، وقد نصوا على أن اللبن والبيض فى مدة الخيار ، لمن قضى له بالملك وإن كان موقوفاً ، ولم يبطلوا به البيع ، على أن أكثر ما يقال أن لبن المصراة غير مَعْقود عليها مع الشاة ، وإذا كان كذلك فله حكم الشاة ، والشاة على ملكه يجوز التصرف فيها ، فاللبن أيضاً على ملكه ، وإن أتلفه ، انفسخ العقد فيه ، وبقى فى الشاة قولاً تفريق الصفقة .

وقوله : وهو لمن شرط .

أى من العاقدين وغيرهما ، فإن شرط لأحد العاقدين لم يثبت

للآخر وإن شرط للوكيل لم يثبت للموكل ، أو الموكل أو الأجْنبى ، لم يثبت للوكيل .

وقوله : (فإن مات الأجنبي ، فللعاقد[1] أو الوكيل ، فللموكل) .

أى : إذا شرط الخيار للأجنبي لم يكن للموكل ولا للوكيل خيار معه على الأصح ، فإن مات الأجنبي ، انتقل الخيار ، إلى العاقد ، سواءٌ كان مالكاً أو وكيلا ولا ينتقل إلى الموكل ، كذا ذكره ، وقوله فى الحاوى : فلمن له العقد : مقتضاه أنه يصير إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب ، وإن مات الوكيل انتقل الخيار إلى الموكل ، كذا ذكره الأذرعى والقمولى ، ولم يتعرض لهذا الحاوى .

وقوله : (والملك برَيْع ، وَنَفَاذِ عِتْقٍ ، وإيلاد وبيع وحكم وطء لمن خير) .

أى والملك فى المبيع مع الريع وما بعده فى مدة الخيار ، لمن انفرد بالخيار منهما ، وفوائد المبيع وهى الريع ، كاللبن والبيض ومهر الجارية وكسب العبد لمن اختص بالخيار ، وكذلك نفوذ العتق أيضاً فإذا

---

(١) التعبير فيه بالعاقد غير صحيح لأنه يشمل كلا من البائع والمشترى ، ورجوعه إلى كل منهما أو واحد منهما ، ليس مراداً وإنما يرجع لمن كان شرطه للأجنبى منهما ، أو من أحدهما معيناً ، فالصواب التعبير بالشارط ، لا العاقد وعجيب من المصنف كيف خفى عليه هذا مع وضوحه ، ومن الشراح كيف أغفلوا التنبيه عليه ، فإن قلت التعبير بالعاقد لابد منه حتى يخرج ، ما لو شرطه الوكيل للأجنبى ،فإنه بموت الأجنبى ينقل إلى الوكيل لكونه العاقد وأحكام تتعلق به لا إلى الموكل وإن كان هو المالك قلت ممنوع بل لو عبر بالشارط لأخرج الموكل أيضاً فإنه لا دخل له فى اشتراطه ، وإنما الذى يشرطه الوكيل لما تقرر وأن شرطه من أحكام العقد ، وهى تتعلق بالوكيل وحده ف .

أعتق العبد مَنْ له ، الخيار نفذ سواءٌ كان بائعاً أو مشترياً ، فلو أعتقه المشترى – والخيار للبائع – لم ينفذ ولو أُجيز العقد – وكذا عكسه وكذا نفوذ الإيلاد والبيع ، كل ذلك لمن خُيِّر ، فإذا أَجْعَل الأَمَة ، من له الخيار أو باعها ، نفذ لأنه صادف ملكه ، وكذا حل الواطئ أيضاً ، لمصادفَتِه الملك ، فإن كان الخيار للمشترى حل له وطء الأَمة أو للبائع فكذا فى الأَصح فيهما ؛ لأَن الواطئ يصادف ملكه ، ويكون إجارة للمشترى وفسخاً من البائع ، ويلحقه النسب ، ويثبت الإيلاد وقد يعترض فيُقال : مقتضاه ، أَن للمشترى الواطىء إذا كان الخيار له وحده ، وهو يجب عليه الاستبراء ويجاب عنه ، بما قاله ابن الرفعة ، أَن المراد رفع التحريم المسند إلى ضَعْفِ الملك ف وانقطاع سلطنة البائع وإن كان التحريم باقياً بمعنى آخر وهو الاستبراءُ .

وقـوله : (ووجب بوطء الآخر مَهْرٌ ، لا حَدٌّ) .

أَى : إذا كان الخيار لأَحدهما ووطئَ الآخر لم يلزمه الحد ، للاختلاف فى انتقال الملك ويلزم المهر لمن له الملك .

وقـوله : (فإن خُيِّرا مَعًا ، وُقِفَ مِلْكٌ ، وَعِتْقُ مُشْتَرٍ ، وإيلادُه ، وَمَهْرُ وَطْئِه ، ثم كلّ من عِتْقٍ ووطءٍ ورهْنٍ وهبةٍ ، قُبِضَا ، وَبَيْعٌ وإجارةٌ وَتَزْويجٌ ، من البَائع فَسْخٌ[1] وَصَحِيحٌ ومنَ الْمُشْتَرِى إجَارَةٌ) .

أَى : وإذا كان الخيار للعاقدين جميعاً فالملك موقوف ، وكذلك

---

(١) أى فسخ منه للبيع لإشعاره لعدم البقاء عليه ، وظهور الندم ومحله فى الوطء إن علم أن الموطوءة المبيعة ، ولم يقصد به الزنا قاله الأذرعى ف .

ريعه ، فإن تم البيع ، بان حصول الملك فى المبيع والريع للمشترى ، من وقت البيع ، وإلا بان بقاءُ ملك البائع ، وكذلك يوقف إعتاق المشترى وإيلاده ووجوب المهر بوطئه ، فَإن تَمَّ الملك له نفذ ، وبان أَن لا مَهْر ، وإلا بطل ولزم المهر وأَما النسب فيلحقه فإن ملك الجارية لم تَصِرْ أُم ولد على الأَصح ، وإن كان الخيار لهما وأَعتق البائع المبيع نفذ عتقه وقدرنا الفسخ متقدما عليه ، وكذا وطؤه فسخ وحلال على الأَظهر ، لأَنا نقدر الفسخ قبله ، وذلك مفهوم من قوله وصحيح ، وكذلك الرهن ، والهبة المقبوضات ، والبيع والإجارة ، وتزويج الأَمة كل ذلك من البائع فسخ وصحيح إذا صدرت هذه من المشترى ، فقد بينا أَن العتق والاستيلاد موقوفان ، وما عداهما فلا يصح منه ، لكن الجميع إجارة ، ويبطل بها خياره ، ففهمت من مقتضى اللفظ ، أَن مقدمات النكاح ليست فسخاً واستدرك ابن النحوى ، وطء الخنثى المشكل على الحاوى ، والظاهر أَنه لا يرد عليه ؛ لأَن الوطء إنما يكون فى الفرج ، ولم يثبت كون ذلك فرجاً ، نعم إن بيَّنَ كونه أُنثى بان أَنه فسخ وهذا ظاهر .

وقوله : (لاَ عَرْضٍ لبيع ، وَإِذْنٍ فيه وإنكاره) .

أَى : ولا يكون عَرْضُ البائع أَو المشترى المبيع للبيع فى مدة الخيار ، إجازة ولا فسخًا ، ولا إذا وكل فى بيعه أَيضاً ، ولا إذا أَنكر البائع البيع والمشترى الشراء ، فكل ذلك لا يكون فسخَا ولا إجازة ، لأَنه لا يقتضى إزالة الملك .

وقــوله : (ثـم تَصَرُّفُه ، ووطؤه بإِذْن البائع ، لا سكوته ، إجازةٌ ، ومنهما)[1] .

أَى : إذا أَذن البائع للمشترى فى التصرف ، أَو الوطء فوطأ فكذلك إجازة منهما ، ولزم العقد ، ولم يلزمه بالوطء مَهْرٌ ، ولا قيمةُ وَلَدٍ ، ولا يحتاج إلى ذكر سقوط المهر وقيمة الولد ، لأَن ذلك مفهوم من قوله : ثم تصرفه ووطؤه بالاذن إجَازَةٌ منهما . وقوله فى الحاوى : وإذنه بوطءِ المشترى إجازة . فاقتضى كلامه ، أَن الإذن من البائع ، بالوطءِ إجازة منه وإن لم يطأْ المشترى ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا كان وطئً كما فى العزيز ، والروضة ، ولو علم بوطءِ المشترى ولم ينكر عليه ، لم يكن إجازة ، كما لو علم بوطءِ أَمته ، فسكت ، لا يسقط مَهْرُهَا بذلك بخلاف ما إذا أُذن فيه .

وقــوله : (وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَمَةٍ ، وأَعْتَقَهُمَا معاً والْخِيَارُ له ، عَتَقَ ، أَو للبائع لَغَا ؛ أَوْ لَهُمَا عَتَقَتْ) .

أَى : إذا أَعتقهما مُشْتَرِ العبد ، وكان الخيار مشروطا له دون البائع ، فالعبد ينتقل إلى ملكه ، لأَن الملك لمن خُيِّرَ فقد صادف عتقه ملكه ، وإن كان الخيار لبائع العبد فقد ذكر فى الحاوى والعزيز والروضة ، أَنه يُوقَفُ العتق فإن أُجيز العقد بَانَ عِتْقُ العبد ، وإن فسخ عتقت ، والذى يقتضيه القياس ، أَن عتقهما يلغو ، كما قاله الأَسنوى

---

(١) فيلزم به ولا يجب بالوطء مهر ولا قيمة ولد ، وإنما لم يكن سكوته كإذنه لأنه لا ينسب لساكت قول ومن ثم لو سكت على تحريق متاعه لم يسقط الضمان ، وأفهم كلامه أن مجرد إذنه ، فى تصرف أووطء لا يكون إجازة منه ، وهو كذلك هـ .

لأنه قد سبق أنه إذا كان الخيار لأحدهما فالملك فى المبيع له ، وأن الثمن يكون ملكاً للآخر ، فالملك فى المبيع فى هذه الحالة لبائعه ، فكيف ينفذ تصرف المشترى فيه قبل مِلْكِه ، وأما الأمة فلا تعتق عليه أيضاً ، وإن كانت على ملكه ، لأنه قد حجر على نفسه بجعله الخيار للآخر ، وتعلق حقه بها ، وقد نقل مثل ذلك فى الروضة قبل ذلك ، عن ظاهر النص ، وإن كان الخيار لهما عتقت الأمة ولم يَعْتِقِ العبد لأن عتقها يتضمن الإجازة ، وهو ممنوع من الاستبداد فى حق الآخر ، وأما إنكار الأسنوى عن الرافعى والنووى عتق العبد والخيار للمشترى فناقض لقوله آنفاً ، إنه إذا كان الخيار لأحدهما فالملك فى المبيع له وأن الثمن يكون ملكاً لصاحبه والمبيع هو العبد ، والأَمَةُ ثمن ، وقد صححوا أن الثمن ما يدخل عليه الباء واحتجاجه لقوله وإن لم يكن بد من تمليكه لواحد ، فتملُّكُه[1] لما لَهُ يَدٌ ، استصحاباً للأصل أَوْلى ، هَادِم لقاعدته التى بنى عليها هذا الحكم .

وقوله :(وبفقد وَصْف مَقْصُودٍ ، شُرِط ، كإِسْلَام وَكُفْرٍ ، وفحولة وخصاءٍ ، وبكارة ، وختانةٍ وكونها كتابية تحل) .

أى : لما فرغ من خيار التروى ، شرع فى ذكر خيار النقص[2] ، المتعلق بفوات أمر مظنون لبناءِ الظن فيه ، أما من التزام شرط أو تَقْرير فعلى ، أو قضاء عرفى ، فالأول ما أشار إليه ، بقوله . وبفقد

---

(١) عبارة (ب) (فتمليكه لمن بذله استصحاباً للأصل أولى به) .

(٢) المسمى خيار النقيصة المقابل لخيار التشهى (خيار المجلس وخيار الشرط) / م .

وصف مقصود شُرِط ، وهو الوصف ، إن تعلقت به زيادة مالية ، أَوْجب الخلف فيه الخيار ، وكذلك ما يتعلق به غرض مقصود ، فإن لم يتعلق به أَحد هذين لغا ، فمما يتعلق به زيادة المال ، كونه كاتباً أَو خبَّازا ، أَو صانعاً ونحوه ، ويكفى أَن يوجد من الوصف المذكور ما يقع عليه الاسم ، وإذا شرط فى الرقيق أَنه مسلم ، فبان أَنه كافر ، ثبت الخيار ، وكذا إذا شرط كفره فبان مسلماً ، لأَن الكافر يرغب فيه المسلم والكافر ، وكذلك إذا شرط أَنه فَحْل فبان خصياً ، أَو عكسه ثبت الخيار لاختلاف الأَغراض فى ذلك ، وإذا شرط كونها بكرا فبانت ثيِّباً ثبت الخيار أَيضاً لا أَن شرط كونها ثيبا فخرجت بكرا على الأَصح ، وقال فى الحاوى : ثبت الخيار ، وهو خلاف الصحيح ، لأَن البكر أَفضل ، ولا مبالاة بتقدير ضعفه عنها ، فهو كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتباً ، وإن شرط مختوناً فبان أَغلف رد لا عكسه ، وإن شرط كونها ذمية يحل وطؤها فبانت مجوسية ثبت الخيار ، فإن شرط كونها يهودية فبانت نصرانية لم يضر لأَن كلا منهما يحل وطؤها .

وقوله :(ويثبت فى حيوان تَصَرَّى[1] ، فيردُّه ، وصاعَ تمرٍ ، عن لبنٍ ، مأْكولٍ حُلِبَ ، إن لم يَرْضيا ردَّه وبحبس ماءِ عين[2]) .

أَى هذا هو القسم الثانى ، أَى ويثبت الخيار بِتَصْرِيةِ حيوان

---

(١) بأن ترك حلبه لنحو نسيان أو بفعل البائع ، أو غيره بأن ربط أخلافه أو ترك حلبه على خلاف عادته لنهيه صلى الله عليه وسلم عن تعرية الإبل والغنم ف .

(٢) أى جارية لسقى أو رحى فحذف عين أخصر وأعم ، ثم ارساله عند الرؤية ، ليتخيل مشتر أو مستأجر كثرته فتح الجواد .

سواءٌ قصدت أَم لا ، وهو أَن يترك حلب الناقة وغيرها خلاف العادة حتّى يجتمع اللبن فيها ، ويتخيل المشترى غزارة دَرِّها ، وهو مأْخوذ من قولهم صرى الماءُ فى الحوض أَى جمعه ، وهو حرام لما فيه من التدليس قال صلى[1] الله عليه وسلم « لا تَصُرُّوا الإِبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو مخير بين النظرين بعد أَن محلبها ثلاثاً ، إِن رضيها أَمسكها ، وإِن سخطها ردها وصاعا من تمر » وله الرد بتصرية الحيوان مطلقاً ، من آدمى وغيره ، فإِذا اشترى جارية أَو أَتانا مصراة فله ردها ، لأَن لبنها مقصود للحضانة والتربية ، وهذا الرد على الفور كخيار الرد بالعيب ، ويرد معها عوض اللبن صاعا من تمر لا من غيره ، سواءٌ قل اللبن أَو كثر ، لأَنه تقدير من الشارع لقطع الخصومة ، حتى لو اشترى شاة بصاع تمر ردها وصاعا من تمر ، ويسترد الصاع الذى هو الثمن ، ولا يرد الصاع إِلا فى لبن حيوان يؤكل ، فلا شىء فى لبن أَتان ، أَو آدمية ، فإِن رَدَّ المصراة قبل أَن يحلب فلا شىء عليه ، ولا يتعين الصاع إِلا إِذا لم يرضيا بتسليم اللبن المحلوب ، ولا يتعين رَدُّ اللبن ، إِذا طلبه البائع ، لاختلاطه بلبن المشترى الحادث بعد ملكه ، ولا أَخذه إِن بَذَله المشترى ، لذهاب الطراوة ، وكذلك إِذا حبس ماء العين الجارية ، وأَرسله عند البيع ، فله الخيار لأَن هذا نوع غرر ، كالتصرية .

وقوله :(وَتَحْمِير وجنة ، وتجعيد شعر ، وتسويده ، لا تلطيخ

---

(١) هذا الحديث رواه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه والبخارى وأبو داود بلفظ آخر جـ ٥ ص ٢١٤ نيل الأوطار .

ثوب بسواد ، ولا لغبن كظن زُجَاجَة جَوْهَرَة[1]).

أى : إذا باع جارية ، وقد حَمَّر وجنتها عند البيع ، وسود شعرها ، وكان أحمر أو أبيض ، أو جعده وكان سبطا ، أو أرسل الزنبور فى وجهها لِيُظَنَّ سمينة عصى لأنه غَرَرٌ ، وكان للمشترى الخيار ، ولو لطخ ثوب الغلام بسواد ليوهم أنه كاتب ، أو خبّاز ، فليس للمشترى الخيار لضعف الغرر بذلك لأن الإنسان قد يلبس ثوب غيره ، ولتقصيره بعدم البحث ، وكذا إذا أكثر من عَلَفِ الدابة حتى انتفخ بطنها ليوهم حملها ، وكذلك لا خيار بالغبن الفاحش ، بدليل قصة حبَّان بن مُنْقِذ ، حيث لم يُثْبِتْ له الخيار بالغبن بل أرشده ، وقال : فقل لا خلابة . فإذا اشترى زجاجة ظنها جوهرة ، فلا خيار لتقصيره ، وقال فى الحاوى[2] : ولا بتَحَفُّلِه ، أى ولا بأن يتحفل الحيوان ، من غير قَصْدِ تصرية ، بأن نسى حلبها ونحوه ، وهو ما قطع به الغزالى والذى قطع به القاضى حسين ، وصححه البغوى ، أن التحفُل يثبت الخيار .

وقوله : (وبجهل بِعَيْبٍ بَاقٍ منقِصٍ ، قيمةٍ أو غبْنٍ ، مفوت غرض يَقِلُّ فى أَمْثَالِه ، سابق وكذا قبل قبض ، لا بفعل مُشْترٍ ، ثم قَتْلٌ وَقَطْعٌ ، ونحوه ، بعد قبض ، بسبب تقدم كهو قَبْلُه ، لا موت بمرض) .

---

(١) محل ذلك إذا لم يستند ظنه لفعل البائع كأن صبغ الزجاجة بصبغ صيرها به تحاكى بعض الجواهر ، فيخير حينئذ لعذره .

(٢) ح « وتسويد الشعر وتجعيده لا تلطيخ الثوب بالمداد وتحفله والغبن كشراء زجاجة ظنها جوهرة .

أى : اعلم أن هذا هو القسم الثالث ، المتعلق بخلف الظن ، فيما اقتضاه العرف ، فمن باع عينا وعلم بها عيبا ، وجب عليه أن يبينه للمشترى ، ويجب على غير البائع أيضاً أن يُعْلِمَهُ به إذا علمه ، وليس له أن يرد بالعيب ، إلا إن كان العيب باقياً فإن اشترى معيباً وزال عَيْبُه ، ثم علم به لم يجز له الرد على الأصح ، وكذا من علم التصرية وقد درت الشاة بقدر ما استقرت به التصرية لا يُرَدُّ أيضاً على الأصح ، ولا يُرَدّ إلا بعيب ينقص به قيمة المبيع أو شيء من جزأيْه وإن لم ينقص به القيمة ، وستأتى أَمْثِلَةُ ذلك ولابد من أن يكون ذلك النقص بما يفوت به غرض ، وأن السلامة منه غالبة فى أمثال المبيع ، وأن يكون العيب سابقاً للعقد ، وحكمه بعد العقد وقبل القبض كذلك أيضاً ، إلا أنه إن كان بِفعْل المشترى ، بأَنْ قطع يد العبد مثلا ، فإنه لا خيار له ، بل يكون مانعاً من الرد بالعيب القديم ، لأنه يعد قابضاً لما أتلف، حتى لو قبله كان قابضاً لجميعه واستقر عليه ثمنه ، وأما جنايته عليه قبل البيع فكجناية غيره ، وأما ما حدث بعدالقبض فهو من ضمان المشترى ، إلا إذا كان سببه متقدماً على القبض ، فإن له حكم الواقع قبله فى ثبوت الخيار بالقبض ، وفى الانفساخ بتلفه ، وهذا كله إذا اشتراه وقبضه وهو جاهل به ، فإن كان عالماً فلا خيار ، ولا انفساخ ، وإن علم به بعد حدوث عيب آخر معه تعذر الرد قهراً وطالب بالأرش ، للعيب القديم ، وإذا اشترى مرتدا ، أو سارقاً ، أو مزوجة ، جاهلا ثبت له الخيار ، فإن قُتل المرتد ، أو قطع يد السارق وَافْتَضَّتْ المزوجة فقيل : إن هذا عيب حادث فى يد المشترى ، فهو من ضمانه ، فليس له

الرد بل له الأَرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القتل أَو القطع ونحوه وغير مستحقه ، والصحيح أَنه من ضمان البائع ، وأَن حكمه حكم ما لو جرى ذلك فى يد البائع ، فيفسخ فى المرتد حتى يجب على البائع مؤنة تجهيزه ، ويثبت له الخيار فى المقطوع والْمُفْتَضَّة[1] ، إلا إنْ تعذر الرد بعيب حادث فإنه يجب له حينئذ أَرش عيب السرقة والقطع والتزويج والافتضاض ، أَما إذا اشتراه مريضاً ، فمات بعد القبض من المرض فليس الموت بعد القبض من المرض السابق ، كالموت منه قبله ، لأَن المرض تزايد ، فلا يكون موته من المرض الأَول خاصة فعليه أَرش المرض فقط ، وقوله فى الحاوى[2] : غالب العدم فى أَمثاله قبل القبض لا بفعْل المشترى ، وقوله بعده بسبب سابق من ضمان البائع ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَن قوله غالب العدم قبل القبض لم يرد ما بعد العيب وقبل القبض خاصة ، لأَن ذلك يفسد المعنى ، بل أَراد ما قبل كل منهما ، لكن قوله لا بِفِعْل المشترى أَراد به الاستثناء فيما بعد القبض خاصة ، وهذا لا يؤخذ من اللفظ .

الثانى : أَنه حد العيب قبل القبض فيما يثبت له الخيار والعيب بعد القبض ، بسبب قبله مما يجب به الضمان ، فأَوهم أَنه لا يثبت له الخيار وأَن له حكماً آخر وليس كذلك بل حكمهما واحد وكل منهما

---

(١) هى التى اعتقد أنها بكراً فبانت ثيباً فهى التى زالت بكارتها / م .

(٢) وفى ح « وبعيب منقص القيمة أو العين مفوت غرض غالب العدم فى أمثاله قبل القبض لا بفعل المشترى ولا إن زال قبل فسخه كـكونها مستحاضة أو معتدة أو محرمة أو متزوجة أو متزوجاً أو خصياً أو مخنثاً لخ » .

من ضمان البائع ، كما بَيَّناه ، ولكنه لما رأى الخيار يثبت بموجب القَطْع ونحوه وإن لم يحصل ، وأن حصوله لا يحدث إيجاب خيار ، وكان الضمان حينئذ ، مختلفاً فيه ، أراد التنبيه على الصحيح وأنه من ضمان البائع فعدل إلى هذه العبارة ، فحصل الإشكال ، فلو سوى ما قبل القبض وبعده لسلم .

وقوله :(والعيب كاستحاضة ، وكُفْر حَرَّمَها ، أو نقص ، وَعِدَّةٍ ، وإحْرام بِإِذْنٍ ، وخصاءٍ[1] ونكاح وَخَنَثٍ وَغُرْلَةٍ ، كبيرٍ ، وكونه خُنْثَىً ، أو مُؤَجَّرًا) .

أى : العيب الْمُنْقِصُ بالقيمة ، هو الاستحاضة ، والعدة ، وأما الكفر فالأصح إن كان عيباً مُنْقِصًا للقيمة فى بلاد الإسلام رُدَّ به ، وإن لم ينقص القيمة ، كَبِلَادٍ وتجارها كفار لم يكن عيباً سواء كان ذكراً أو أنثى ،وتزيد الأنثى إن كانت وثنية ، أو مَجُوسية فله الخيارعلى الأصح أيضاً ، وإن كانت يهودية أو نصرانية فهو كما هو مذكور فى الروضة، والإحرام بالحج والعمرة بالإذن كل ذلك عيب يفوت به غرض صحيح ، وكذلك التزويج للعبد والأمة ، وأطلق فى الحاوى ، كون الإحرام عيباً ، وليس على إطلاقه ، بل هو مخصُوص بما إذا أحرم بإذن السيد ، وإلا فللمشترى تحليله فلا يكون عيباً ، ولم يتعرض فى الحاوى لكون الكفر عيباً ، والأصح هذا التقسيم الذى ذكره فى الإرشاد ، بل ذِكْرُهُ إيَّاه بما فقد من الأوصاف المقصودة بالشروط ، يقتضى أنه ليس عيباً ،

---

(١) الخصاء سل الأنثيين سواء أقطع الوعاء والذكر معهما أم لا / م .

والخَصِّى مثال لما يَنْقِص العين ، ومثل به وإن كان قد تزيد به القيمة ليدخل غيره من طريق الأُولى ، فالخصاءُ نقص تفوت به الفحولة وهى غرض صحيح ، بخلاف من قطع من فخذه وساقه فَلْذَةٌ صغيرة لا تورث شيئاً ، فإنها لا تؤثر ، ولو قطع من أُذن الشاة ما يمنع التضحية فهو عيب ، ولا يخفى ثبوته بكونه أعرج أو أخفش[1] ، أو أعشى أو أبكم أو أرت أو أقرع أو أقزح أو أثاليل أو خِيلان[2] كثيرة أو أبهور أو أبرص ، أو مجذوما أو ممكنا من نفسه ، أو بكون الأَمة قرناء[3] أو رتقاء ، أو أحد ثدييها أكبر من الآخر ، واصطكاك الركبتين ، وانقلاب القدمين إلى الوحشى عيْب[4] ، واحترز بقوله يقل فى أمثاله من الثيابة فى الأَماءِ فإنها تنقص القيمة ولكنها ليست بقليلة فيهن ، بل هى الغالب إلا إن كانت صغيرة لا يكون مثلها فإنها عيبٌ والخنث عيب ، ولا أثر لكونه رطب الكلام طبعاً ، ومن العيوب كونه كبيرا بِغُرْلَتِهِ لم يختن لأَنه يخشى على الكبير من الختان ، بخلاف المرأة ، والصَّغيرة ولم يتعرض له فى الحاوى : ومن العيوب كونه خنثى ، وإن لم يكن مشكلا ، وليس عدم الختان عيباً إلا فى الكبير يخاف عليه منه ، ولا كون الأَمة أُختة من النسب أو الرضاع أو موطوءة أبيه ؛ لأَن ذلك لا يقلل رغبة غيره فيها بخلاف المعتدة والْمُحْرَمة ، ويثبت بكونه مجنوناً ، أو مخبولا ، أو أبيض الشعر ، فى غير أوانه ،

---

(١) الخفش صغر العينين وضعف البصر وصاحبه يبصر فى الليل والغيم أكثر من النهار والصحو » /م .

(٢) بكسر الخاء جمع خال وهو الشامة .

(٣) أو يتطاول طهرها فوق العادة أو نخراء تغير رائحة الفرج وزاد المغنى أو كونه أَيْسَر ونصل ابن الصباغ فقال إن كان أخبط وهو الذى يعمل بيديه معاً فليس بعيب لأن ذلك زيادة فى القوة وألا فهو عيب /م .

(٤) وحشى القدمين هو الذى لاتقبل إحدى قدميه على الأخرى فكل منهما فى اتجاه يضاد اتجاه الأخرى /م .

ولا بأس بحمرته ، ويثبت بكونه ذَا سِنٍّ زائدة ، أَو إِصبع زائدة ، أَو نَمَّامًا أَو سَاحِرًا ، أَو قاذفا المحصنات[1] أَو مقامرا أَو تاركاً للصلاة أَو شارب خمر ، أَو زانياً[2] ، وإن تاب ، أَو آبقاً ولو مرة ، وكذا السرقة[3] ، والبول فى الفراش ، ولا هو صغير دون السبع ، وكذا البخر الناشئ من المعدة ، والصنان المستحكم ، وكون الجارية حاملا ، أَو لا تحيض[4] أَو مجوسية ، وكون الدابة جموحاً ، أَو رموحاً أَو عضوضاً ، وكون الدار منزلا للحية ، والأَرض ثقيلة الخراج وما أَشبه ذلك ، وكذلك إذا خَرَجَ المبيع مؤجرا ، لما فيه من سلب المنفعة .

وقــوله :(فإن أَجاز فلا أَرش) .

أَى : إذا رضى بالعيب ، وأَجاز البيع ، وطلب أَرشاً لم يعط ، سواء حدث قبل البيع أَو بعده وقبل القبض ، وسواء كان بفعل البائع أَو أَجنبياً ، إلا إذا عيبه الأَجنبي بعد العقد وقبل القبض كما سيأْتى :

وقــوله :(وشرط بِدارٌ ، بردٍ يَفْسَخُ عقداً ، إن علم كما فى الشُّفْعَةِ ، وأَشهد به فى طريقه ، إن أَمكن ، ورد حصة عقد وبتراض ، بَعْضًا بِزائدٍ اتصل ، والحمل هنا كمنفصل ، وبصْبَغ أَو إجارة بأَرش ، لم يبذُلْ بائع قيمته) .

---

(١) المحصنات قيد عند صاحب المغنى وعند الرملى ليس بقيد /هـ .

(٢) أى إذا وجد عند البائع فقط أو عندهما أما لو وجد عند المشترى ولم يثبت وجوده عند البائع فهو عيب حدث عند المشترى فلا رد به / هـ .

(٣) أى وأن وجدت عند المشترى بعد وجودها فى يد البائع / هـ .

(٤) وهى فى سن الحيض غالباً ، بأن بلغت عشرين سنة قاله القاضى لأن ذلك إنما يكون لعلة انتهى /هـ .

أى : إذا علم بالعيب ، فله الرد قهراً ، بشرط أن يرد المعقود عليه فى صفقة واحدة جميعه ، فإن اشترى عبدين ووجد بأحدهما عيباً فلا يرد قهرا إلا بالجميع ، نعم إن تراضيا على رد المعيب وحده جاز ، ولو اشتراهما من رجلين ، بل لو اشترى منهما عبدا واحدًا فله رد حصة أحدهما كما سبق بيانه ، ويشترط أن يكون الرد حال العلم ، فإن أَخَّر بطل ، إلا لعذر كما سيأتى فى الشُّفْعَة ، وأن يشهد فى طريقه إلى المالك ، أو الحاكم ، وهذا فيما يترتب على رده فسخ عقد ، أما إذا كان المعيب عوضاً عما فى الذمة كَدَيْن السلم والكتابة ، وثمن المبيع فى الذمة ، فإنه لا يشترط رده على الفور على الأوجه من الاحتمالَيْن ، كما ذكره فى العزيز والروضة فى آخر الحكم الأول من الباب الثانى من الكتابة ، واعلم أن الإشهاد ، إنما يكون على الفسخ ، لا على أنه عَزْمُ عَازِم على الفسخ على الصحيح ، وإذا رده بالعيب رده بالزوائد المتصلة كالسمن وكبر الشجر وتعلم الصنعة لأن ذلك تابع والحمل فى الرد كالمنفصل على الأصح ، لأنه يأخذ قسطاً من الثمن على الصحيح ، وإن باعها حاملا ردها مع الحمل إن كانت حاملا ومع الولد إن وضعته ، لأن لهما حكم العيْنَيْن المبيعَيْن ، فإن باعها حائلا فحملت ولم تنقص به العين ردها دون الحمل لأنه كالمنفصل عند من يعطيه قسطا من الثمن والثمرة قبل التأبير كحمل ، فإن وَجَدَ بالثوب عَيْبًا وقد صبغه وأراد ردَّه على أن يكون شريكا بالصبغ لم يكن له ذلك ، بل له الخيار إن شاء رَدَّه وترك الصبغ ، وإن شاء أجاز وطلب بأرش العيب ، ثم للبائع أن يمتنع من بذل الأرش بأن يقول : افسخ وأنا أعطيك قيمة

الصبغ ، وقوله فى الحاوى[1] : فيرد حصة عقد وبالرضا بعضاً إلى قوله ويُشهد إلى أَن ينتهى إليه ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه اشترط الرد حال العلم ، والصحيح أَنه إذا اطلع عليه ليلا ، أَمهل إلى الصباح ، بل التأْخير سائر الأَعذار المذكورة فى الشفعة.

الثانى : أَنه أَطلق وجوب الرد حال العلم ، وهو مخصوص بالعين المعقود عليه ، أَما لو كان دَينًا فى الذمة ، كدين السلم ونحوه ، فإنه لا يشترط المبادرة برده لأَنه لا يترتب عليه فسخ كما سبق ذكره .

الثالث : أَنه عد الصبغ من الزوائد المنْفصِلة ، وليس منها ولا نظير لها ، لأَن الزوائد المتصلة كالسِمن ، حكمها أَنه بالخيار بين أَن يرده . وبين أَن يجيز ولا شئ له فيه . وحكم الصبغ أَنه يخير بين أَن يرده مجاناً وبين أَن يجيز ويطالب بأَرش العيب ، فقضى فيه بغَيْر حكمه ، وأَمْهِل أَيضاً ما قضوا به ، من أَن البائع ، إذا بذل قيمة الصبغ ، لم يكن للمشترى أَن يطالبه بالأَرش ، بل يُخَيَّر بين أَن يفسخ ويأْخذ قيمة الصبغ وبين أَن يُجِيرَ مجانا وكل هذا مفهوم من الإرشاد .

الرابع : قوله وحمل عند العقد ، يوهم أَنه لا يجب رَدُّه إلا عند الاتصال ، لأَنه حده مع الزوائد المتصلة ، والأَصح أَن حكمه منفصل فيلزمه رده وإن انفصل ، بخلاف الحمل الحادث .

---

(١) وفى ح « فيرد حصة عقد وبالرضا بعضاً حال العلم بزوائد متصلة كصبغ وحمل عند العقد وفعل عيب نزعه إلى السقوط وإن نقص بما توقف عليه الوقوف واستخدمه ووطء الثيب وعاد ورفع إلى الحاكم ويشهد إلى أن ينتهى .

الخامس : أنه خصص الإشهاد فى الطريق بما إذا رفع إلى الحاكم وليس كذلك ، بل عليه أن يشهد فى طريقه إلى المالك كما يشهد فى طريقه إلى الحاكم .

وقـوله :(وبعد كسر يَخْفَى عَيْبٌ دُونَه ، واستخدامه ، وبيع ، **ووطء ثيب**) .

أى : وإن اطلع على العيب بكسر لا يُعْلم العيب إلا به ، فإن اشترى بطيخة ونحوها وكان عيبها الحموضة فقور منها شيئاً لم يرد ، لأن الحموضة تعرف بالفرز وإن قورها تقويرا يطلع على كونها مدودة بدونه وعيبها التدويد لم يرد ، فإن كان لا يطلع عيبها إلا بذلك رد وكذلك إذا استخدم المعيب قبل أن يعلم بالعيب رَدَّه ، ولا يرد الأُجرة ، ولا سائر الفوائد ، المنفصلة كاللبن ونحوه وكذلك إذا باعها ثم عادت إليه ، وقد اطلع على العيب ردها ، ولو وطئ الأَمة وهى ثيب ، ثم وجد بها عيباً فله ردها وإن وطئها البائع أو أَجنبى وَطْأً تصير به زانية لم يرد ، لأَن هذا عَيْب حدث .

وقـوله :(أَو رفع إلى الحاكم ثم أَشْهَد) .

أَى : هو مخير ، فإن شاء رَدّ على المالك وإن شاء رفع إلى الحاكم فإن لم يجد المالك ولا الحاكم ، اكتفى حينئذ بالإشهاد ، وإنما يخير بين المالك والحاكم ، إذا كانا فى البلد فإن كان أَحدهما غائباً تعين الحاضر .

وقوله :(ومع نَعْل عَيَّبَ نَزْعُه ، أَن أَمْهِل به[1]) .

أَى : إِذا اطلع على الْعَيْب وقد نَعَل الدابة وكان نزع النَّعْل يُعَيِّبُها فله الرد إِنْ أُمهل بنزعه حتى يسقط وَيُجْبَرُ البائع على القبول ، إِذْ لَا مِنَّة عليه فى ذلك ولا ضَرَرَ .

وقوله :(وترك انتفاعًا ، فَيَنْزَعُ ثَوْبًا ، لا فى شارع ، وَسَرْجًا لا عذارًا ، وإِن عَسُرَ قَوْد رَكِبَ) .

أَى : وَيَرُدُّ إِن ترك الانتفاع مطلقاً ، فلو انتفع به فى إِغلاق باب أَو وضع كوز من يده بطل الرد ، وعلى الدابة سرج فلو تناول منه الكوز ولم يكن أَمره بإِيصاله إِليه ، لم يضر ، لأَنه كوضعه على الأَرض وإِذا أَراد الرد وعلى الدابة سرج فليضعه على ظهرها لأَن إِيصاله يجب عليه وحمله على الفرس أَو الحمار انتفاع بها ، وأَما العذار واللجام فلا ، لأَنهما خفيفان وإِذا اطَّلع على الْعَيْب فى ثوب وهو لابسه فى شارع من البلد ، لم يكلف نزعه فيه ، لأَن العادة أَن الثوب لا ينزع فى الشارع ، هكذا نقله الرافعى والنووى عن الماوردى ، وأَقراه ولم يَتَعَرَّض له فى الحاوى ، وإِذا رَدَّ الدابة ، وكانت صعبة يعسر قودها فله ركوبها .

---

(١) أى بالنزع إلى السقوط ويجبر البائع حينئذ على قبوله إذ لا منة عليه فيه ولا ضرر ، وليس للمشترى طلب قيمته فإنها حقيرة فى معرض رد الدابة ، فإن سقط ولو بفعله فيما يظهر استرده لأنه تركه إعراض فقيد بحالة اتصاله بالدابة ، لاتمليك ، فهو شبيه بالإعارة ، ويظهر أنها لو ماتت ، كان للمشترى ، لأنه الآن فى حكم سقوطه ، وإنما ملك الصبغ ، لأنه صفة تابعة ، وأفهم قوله مع فعل أنه لو اشتغل بنزعه بطل حقه من الرد ، والأرش ، وقوله عيب نزعه ، أنه لو لم يعيب كان له النزع ولو قبل الرد على الأوجه لأن زمنه قصير ، وبه فارق اشتغاله بجز الصوف ، فإن لم ينزع لم يجبر البائع على القبول ، وإنما أجبر على قبول الصوف لأنه يشبه السمن ف .

وقوله :(فان اعتاض عن الرَّد بطلا ، لا الرد إنْ جَهِلَ) .

أَى : وإذا اتفقا على عوض يبذله البائع عن الرد بطلت المعاوضة وبطل الرد ؛ لأَنه أُخِّر بدون عذر ، إلا إذا كان جاهلا يظن صحة هذه المعاوضة ، فإن خياره باق ، لأَنه لم يرض بترك الرد مجاناً .

وقوله :(وَلِغَيْرِ مُقَصِّرٍ أَيس من رَدٍّ بِتَلَفٍ ، وَنِكَاح وَتَعَيُّبٍ لا بَيْعٍ أَرْش) .

أَى : وإذا وجد بالمبيع عيباً وتعذر رَدُّه ، نظرت فإن كان لكونه باعه أَو وهبه لم يكن له أن يطالب بالأَرش ، لأَنه ما أَيس من رده فربما يعود إلى ملكه فيرده ، وإن أَيس من الرَّد نظرت ، فإن كان لتقصيره بأَن اطلع على العيب ولم يبادر ، إلى الرد ونحو ذلك فلا أَرش له ، وإن كان لتلف المبيع أَو إعتاقه أَو وقفه أَو تزويج الجارية لأَن النكاح يَرِد للدوام ، أُلْحِق بالآيس من الرد ، يستحق الأَرش وكذلك إذا حدث فى يد المشترى عيب لم يكن له أَن يرد على البائع ، لما فى ذلك من الإضرار به ، ولا يُكَلَّف المشترى القناعة مَعِيبًا ، بل يرجع بالأَرش على البائع ، جمعاً بين المصلحتين .

وقوله :(بِنِسبةِ نَقْصِ أَقل قيم المبيع من العقد إلى القبض إلى الثمن) .

اعلم أَن هذه مسأَلة وضعت على أَصل صحيح ، وحملها المتأَخرون على غيره ، وحاولوا إيضاحها فأَشكلت وذلك أَنهم يعتبرون الأَكثر

والأقل فى التقويم ، بارتفاع السعر وانخفاضه ، وذلك إنما يؤثر لو كان الغرم من القيمة ، وإلا فالمبيع إذا كانت قيمته سليما ، عند البيع مثلا ماية ومعيباً تسعين ، ثم رخص فكانت قيمته يوم القبض عشرة ومعيباً تسعة ، فقد علمنا أن بين المعيب والسليم العشر ، سواءُ رخص السعر أم غلا ، ولما رأى بعضهم عدم تأثير الرخص والغلاء ، قال : يعتبر أكثر قيمة الجزْء الْغَائب من العقد ، إلى القبض وأقل قيمة الباقى ، وأن من العجز أن يحكم بضمان زيادة قيمة التالف ، بزيادة السعر ، وهو تالف ، ولو نظروا إلى ما يقتضيه التعديل ، لاستغْنُوا عن هذا العرض الطويل ، فإنهم قالوا إنما اعتبروا الأقل ، لأن ما نقص نقص من ضمان البائع ، قد علمنا أن الغاصِبَ لا يضمن تفاوت السعر بعد التلف ، فكيف يضمنه البائع ، وإنما يضمن البائع ما يطرأ على المبيع من نقص فيه قبل القبض ، ولهذا خُيِّر المشترى لأجله ، وصورة المسألة : اشترى عبدا وقيمته عشرة وقبضه ، وقد تَعَيَّب فى يد البائع حتى بلغت قيمته خمسة ، ورضى به المشترى ، ثم اطَّلَع بعد تلف العبد على عَيْب قديم ، قيمته يوم العقد تسعة ، فقد غُبن يوم العقد ديناراً ، وذلك الدينار إن نسب إلى أكثر القيمتين ، فهو الْعُشْر ، وإن نسب إلى أقلها فهو الخمس ، فقالوا ينسب إلى أقلهما لأن النقص من ضمان البائع ويرجع بخمس الثمن ، هذا فى صورة نقصان القيمة ، وأما فى صورة زيادتها ، فبأن تَشْتَريه بعشرة ، ثم يتعلم صنعة ، فَقَبَضَهُ ، وقيمتُه عشرون ، ثم اطلع على العيب الذى غبن به ديناراً ، فإن نسبنا الدينار إلى أكثر القيمتين فهو نصف الْعُشْر ، وإن نسبناه إلى أقلهما ، فهو

العشر ، وقد قالوا ينسب إلى أقلهما فيرجع بعشر الثمن ، ولو اتفق فى صورة واحدة زيادة ونقصان ، بأَن تَعَيَّب فبلغت قيمته قبل القبض خمسة وتعلم صنعة فبلغت قيمته يوم القبض عشرين والعيب الحادث قبل القبض موجود فيه فقومنا بالأَقل فرجع بخمس الثمن لأَن زيادة حدثت فى ملك المشترى ، فهنا ثلاث قيم ، اعتبر أَقلها ، ولهذا قال يعتبر أَقل قيم ولم يَقُل قيمتى العقد والقبض .

وقوله :(من عينه ، ولو زال وعاد وَتَعَيَّب ولا أَرش) .

أَى : إذا وجب[1] [الأَرش] بغبن من الثمن ، فإن كان الأَرش عُشْر القيمة وطالب به استحق عُشْر الثمن ، وإذا كان خمسها فخمس الثمن إذا كان الثمن باقيا فى ملكه ، وكذا إذا زال وعاد على الأَصح ، فلو حدث بالثمن بعد القبض عَيْب ، أَخذ العشر المذكور أَو الخمس معيباً ، ولا أَرش على البائع كما أَنه لو زاد ، الثمن ، زيادة متصلة ، كان للمشترى أَخذها مجاناً .

وقوله :(فإن تلف أَو بعضُه ، وهو مُعَيَّنٌ ، فمِنْ بَدَلِه ، وَيُعْتَبَرُ فى مُعَيّن أَقلُّ قِيمٍ مُتَقَوِّمَةٍ كذلك) .

أَى : فإن تلف الثمن الذى تَعَيَّن الأَخذ منه ، تعين الأَخذ من بدله ، فإن تلف بعضه فالأَخذ من الباقى ومن البدل من كل بقسطه ، وبدل الثمن إن كان مثلياً فمثله ، وإن كان متقوماً قوم من يوم العقد

---

(١) هذا اللفظ (الأرش) بهامش (أ) وفى موضعها من (ب) .

إلى القبض كما سبق ، ومن صورته أَن يشترى عبداً بجاريتين ، فإن تلف العبد واطَّلع على عيب فيه يَبْلُغ أَرشه مثلا خُمْس القيمة رجع بخمس الجاريتين ، فإن كانتا تالفتين رجع بخمس الأَقل من قيمتهما من يوم العقد إلى القبض ، وإن وجد بأَحدهما أَو بأَحدهما عَيْبا أَخذ خمسهما مع العيب بلا أَرش ، فإن تلف إحداهما أَخذ خمس واحدة وخمس البدل ، على ما تقدم ، وقوله فى الحاوى : فله من الثمن عينه ، وإن عاد بلا أَرش نقصان الصفة ، وبدله إن تلف أَقل ما كان من يوم العقد إلى القبض ، بنسبة نقصان أَقل قيمتى العقد والقبض ، فيه أَمران .

أَحدهما : أَن قوله : فله من الثمن عينه . عام للرجوع للثمن المعين والثمن فى الذمة ، وكلامه لا يستقيم فيهما إلا إذا كانا باقييْن فإنه يستحق الرجوع فى الثمن مطلقاً أَو فى بعضه ، أَمَّا إذا كان تالفاً فإنه إن كان فى الذمة ، فالبدل لا يختلف ، وإن كان معيناً فله حكم المبيع يُعتبر أَقل قيمتى العقد والقبض .

الثانى : أَن قوله : وبدله إن تلف أَقل ما كان من يوم العقد إلى القبض . صوابه أَقل ما كان المتقوم منه ، لأَن ذلك مختص بالمتقوم الذى يتأَثر بنقص قيمته من العقد إلى القبض ، وأَما المثلى فنقصان القيمة فيه ، وزيادتها لا تؤثر .

وقوله : (وإن أَخذ الأَرش ، أَو قُضِيَ به ، فَزَال الْحَادِثُ ، لم يُرَدَّ إلا بتراض) .

وإذا اطلع على العيب القديم وقد حدث عنده عيب منعه الرد ، فأَخذ أَرش القديم ، أَو قَضَى له به الحاكم ثم زال العيب الحادث لم يكن لواحد منهما نقص ما قد انفصل أَمره ولا نقص ما حكم به الحاكم ، وقوله فى الحاوى[1] : أَما بعد تسليم الأَرش فلا رد ، وأَما قبله ، فيردُّ ، وإن حكم الحاكم ، والذى صححه النووى ، ما قلناه ، نعم إن تراضيا بعد تسليم الأَرش ، أَو حكم الحاكم على الرد ، جاز .

وقـوله : (ولا يَأخُذُهُ ، حَيْثُ رِبًا ، بل يُرَدُّ بـأَرْشِ الحادِثِ) .

أَى : وإذا اشترى سوار ذهب مثلا بوزنه ذهباً ، ثم وجد به عيباً ، وقد حدث عنده عيب ، لم يكن له أَن يأخذ الأَرش من الذهب لما يلزم من التفاضل ولا من غيره ، لاقتضائه إلى قاعدة مُدِّ عَجْوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، وسبيله أَن يسلم الأَرش الحادث ، ويرد المبيع ولا مفاضلة ههنا ، لبطلان المعاوضة ، ويكون ما سَلَّمه أَرْشًا لما هو مضمون عليه ، كأَرش المأخوذ على وجه السَّوْم .

وقـوله : (وصُدِّقَ بائعٌ ، فى حُدُوثِ مُمْكِنٍ ، وحلف كجوابه) .

أَى : إذا اختلفا فى الْعَيْب فقال المشترى هذا العيب قديم فلى الرد ، وقال البائع بل حادث فلا رَدَّ لك ، فالقول قول البائع ، لأَن الأَصل عدم العيب ولزوم العقد ، وهذا محمول على ما يحتمل الحدوث كالمرض ، وأَما نحو الإصبع الزائدة ، والشجة المندملة والعهدُ قريب ، فلا يصدق

---

(١) وفى ح « فإن زال الحادث بعد أخذ أرش القديم فلا رد له وقبله بعد القضاء بالأرش جاز كما بالتراضى .

إلا المشترى ، فليُحْمل طلاق الحاوى[1] على ذلك ، وإذا صدقنا البائع فكيف يحلف ، الأصح أنه يحلف كجوابه ، فإذا ادعى المشترى أن الْعَيْب قديم ، فقال البائع لا يلزمنى الرد ، كفاه أن يحلف كذلك ، ولا يلزمه أن يَحْلِفَ وِفْقَ الدعوى .

وقوله : (والإِقَالةُ فَسْخٌ لابَيْعٌ ، وتصح فى بعض ، وتالف ببدل ، وَقَبْل قَبْضٍ بلفظ بيع ، وتفسد بنقص وزيادة فى ثمن) .

أى : الإقالة بَعْد البيع جَائِزَةٌ ، ويستحب أن يُقَال النادم على البيع ، لقوله صلى الله عليه وسلم[2] « من قال . نادما صفقته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » وصورته . أن يقول المتبايعان . تقايلنا أو تفاسخنا أو يقول أحدهما أقلتك ويقول الآخر قبلت ، ولو باعه إياه قبل القبض بعين الثمن المعين أو بمثلِه إن كان فى الذمة صح ، وإن كان إقالة ذكره فى حكم المبيع قبل القبض فى الروضة[3] وأصلها ، نقلا عن صاحب[4] التتمة والأصح أنها فسخ لا بيع ، فلا يثبت فيه خيار مجلس ، ولا شرط ، ولا يتجدد بها شفعة ، ولا يجب قبض عوض فى المجلس إذا كانا صَرْفًا ونحوه ، وإذا أقاله وقد تلف المبيع أو بعضه صح ، ورجع ببدل ما تلف إن كان مثليا ، فالمثل ، وإن كان متقوما ،

---

(١) وفى ح « والقول للبائع فى حدوثه وحلف كما أجاب »

(٢) رواية أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته» رواه أبو داود وابن ماجة وصححه ابن حبان والحاكم ، والبزار بلفظ « من أقال نادماً » حـ ٣ ص ٢٦ بلوغ المرام .

(٣) الروضة للإمام النووى اختصرها من شرح الوجيز للأمام الرافعى فأصلها مختصر شرح الوجيز (المسمى فتح العزيز) والوجيز للغزالى .

(٤) صاحب التتمة المتولى .

فأقل قيمتى العقد والقبض ، ويجوز فى بعض المبيع ، إن قلنا فسخ وهو الأصح ، أو قلنا بيع ، ولم تلزم الجهالة ، فإن لزمت كأن اشترى عبدين ، فتقابلا فى أحدهما مع بقاء الثانى ، قال الإمام لا يجوز على قولنا بيع للجهل بحصة كل واحدة ، فإن اشترى بعشرة مثلا ، وأقاله بأقل أو بأكثر ، فسدت الإقالة ، لأن الفسخ لا يقتضى عوضاً ، فيبقى العقد بحاله ، وكذلك لو شرط أن يزيده فى الثمن ، أو يقبل الصحاح على المكسر ، فسدت .

أحكام البيع وبما يكون قبضه

وقــوله : (فَصْلٌ[1] قَبْضُ عَقَارٍ ، بِتَخْلِيةٍ وإخلاءٍ ، لا من زرعٍ وَمَالِ غيرِه) .

إذا كان المبيع عقاراً ، كالدور والأَرض وما فى معناهما مما لا ينقل كالشجر والثمر عليها والزرع ، فقبضه بالتخلية ، وذلك بأَن يخلى البائع بينه وبين المشترى ، بلفظ يدل عليها ، وبذلك يمكنه التصرف فيه ، ولابُدَّ فى الدار المشحونة بأَمتعة البائع من التفريغ منها ، والمغلقة من تسليم المفتاح إليه ، والسفينة المشحونة بالمتاع كالدار ، ولو كانت مشحونة بأَمتعة الأَجنبى لم يلزمه تفريغها : لأَنه لم يبق للبائع يد ، ولو اشترى أَرضاً مزروعة جاز على الأَصح أَن يقبضها مزروعة ، بخلاف الدار المشحونة ، لأَن نقل البائع ممكن فى الحال ، بخلاف الزرع .

وقــوله : (وَخَفِيف تَنَاوُل ، وَمَنْقُولِ بنَقْلٍ ، وَلَوْ بِتَحْوِيلٍ فى دَارِ بائعٍ ، إنْ أَذِنَ[2]) .

أَى : فإذا كان المبيع خفيفاً يتناول باليد ، كفاه تناوله ، وجاز

---

(١) فى حكم المبيع قبل قبضه وبعده وهو يستدعى بيان القبض والمرجع فيه العرف ، إذ لاضابط له لغة ولا شرعاً كالأحياء والحرز / ه .

(٢) البائع فى التحويل للقبض وكان المشترى إشعار مانقل إليه فإن لم يأذن ، أو أذن فى محدد للتحويل ، وله حق الحبس كان قبضاً مضمناً لامحوزاً للتصرف ، وزعم أن أخذه قبض ، وإن لم يضعه فى محل آخر سهو منشؤه اشتباه هذا بالخفيف السابق وكنقله بأذنه نقله إلى متاع مملوك له ، أو معار فى حيز يختص البائع به ، قال القاضى وكذا إلى نحو شارع ومسجد وإنما يكون كل من التحلية والتناول والنقل قبض بمجرده فى مالم يقدر ، أما مابيع تقديراً كأرض وثوب ذرعاً ولبن وماشية عدا فلا تكفى النقل / ف .

التصرف فيه بذلك سواء تركه فى دار البائع ، أَو أَخرج به ، وإن كان مما ينقل فلابد من نقله ، لحديث[1] ابن عمر « كنا نشترى من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أَن نبيعه حتى ننقله من مكانه » ولأَن العادة فى قبض المنقول ، النقل ، فإن كان فى موضع يختص بالبائع كفى التحويل ، إلى جانب آخر ، وكذلك يكتفى بالتحويل فى دار البائع ، إذا أَذن له فى تركه فيها ، لأَنه عارية ، بمكانه منها ، فإن حوله فيها بلا إذن لم يكن قبضاً صحيحاً ، وقوله فى الحاوى : قبض العقار بالتخلية ، والمنقول بالنقل ، ومن بيت من دار البائع إلى دار آخر بإذن : فيه أُمور :

أَحدها : اكتفى فى نحو الدار بالتخلية مطلقاً وذلك إنما يكون إذا كانت فارغة ، وأَما المشحونة بالمتاع فلابد من تَفْرِيغِها كما بيناه .

الثانى : أَنه عم جميع المنقولات ، بأَنه لا يكفى فيها ، إلا النقل من دار البائع ، إلا أَن يأْذن له فى موضع آخر منها ، وقد نصوا على أَن الخفيف منها يكفى فيه التناول باليد ، فإذا تناوله فقد صار مقبوضاً ، سواء كان فى دار البائع ، أَو غيرها .

الثالث : أَن قوله : ومن بيت ومن دار البائع إلى آخر . بأَنه بوهم اشتراطُ إلى البيت الآخر ، وليس كذلك ، بل لو حَوَّلَه بإِذْنِه من جانب البيت إلى جانب كفى .

---

(١) حديث ابن عمر رواه الجماعة بلفظ « كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى ينقلوه وفى الصحيحين حتى يحولوه » رواه الشيخان ، وحديث «لاتبيعن شيئاً حتى تقبضه » رواه البيهقى وقال إسناده حسن متصل ، وروى أبو داود عن زيد بن ثابت « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع سلعة حتى يحوزها التجار إلى حالهم » جـ ٥ ص ١٥٨ نيل الأوطار .

وقـوله : (بما قُدِّرَ[١] ، من زَرْع وَعَدٍّ وكَيْل ووَزْن ، لابواحِدٍ عن غيرِهِ ، وضمن به وَجَدَّدَ لثان[٢] أو باع فى مِكْيَالِهِ[٣]) .

أى : وإذا كان العقد على مبيع بتقدير لم يكف قبضه غير مقدر ، والتقدير بالوزن أو الكيل أو الْعَدِّ أو الزرع ولا يصح أن يقبض بأحدهما عن الآخر ، فإن فعل لم يجز له بيعه لعدم القبض الصحيح ، أما الضمان فينقل إليه ، ويصير من ضمانه ، لوجود اليد الحسية ، ولو اشترى صبرة كل صاع بدرهم أو عشرة آصع منها بكذا ، ثم قبض الصبرة قبل الكيل أو الوزن لم يجزْ وفيه إشكال ، وقد سبق إيضاحه فى الربا عند الكلام على ما إذا باع صبرة صغيرة بمثلها من كبرى ، وتفرقا قبل الكيل أو الوزن بعد تَقَابُضِ الجملتين وإن اشترى الصبرة كل صاع بدرهم واكتالها بحضرة آخر ثم باعها مكايلة ، لم يكف الكيل الأول للنهى عن بيع الطعام[٤] حتى تجرى فيه الصيعان ، يعنى صاع البائع وصاع المشترى ، نعم إن اشتراه ثم قبضه ثم باعه وهو باق فى مكياله صح ؛ لأن الاستدامة كافية .

وقـوله : وَ وَضْعِهِ[٥] بَيْن يديْه ، لا لِضَمانٍ ، إن استحق .

---

(١) وإنما يكون من التخلية والتناول والنقل قبضا ، بمجرده فيما لم يقدره ، أما مابيع تقديراً كأرض وثوب ذراعاً ، أولبن أو ماشية عداً أو كيلا ، أو وزناً لكل ذراع أو صاع بدرهم فلا يكفى فى قبضه النقل ، إلا مع تقديره ف .

(٢) اشترى صاعاً فى مكياله ، ثم وهو باق /هـ .

(٣) كفاه لأن استدامة المكيال ، كابتدائه ، وكذا الوزن والزرع /ف .

(٤) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى ، رواه ابن ماجه والدار قطنى حـ ٥ ص ١٦٠ نيل الأوطار .

(٥) نعم ان وضعه بين يديه بأمره ، ضمنه ، وخرج بين يديه ، يمينه أو يساره ، فلا يكون قبضاً /م .

أَى : ويحصل القبض بأَن يضَعه البائع بين يَدَىْ المشترى ؛ لأَنه تسليمه واجب على البائع ، وتسلُّمه واجب على المشترى فاكتفى به بالوضع بين يدى المشترى كالغاصب يضع المغصوب بين يدى مالكه فيبرأُ بذلك ، فإن خرج مُسْتَحَقًّا ، ولم يجر قبض غير الوضع بين يديه لم يكن له ، ضامنا له .

وقوله :(وَيَسْتَبِدُّ بِهِ حَيْثُ لا حَبْسَ ، وَتَوَلَّى الوالدُ طرفَيْه ، كبيع ونكاح).

أَى : إذا اشترى شيئاً فله الاستبداد بقبضه من غير إذن البائع إلا إن كان البائع يستحق حبسه كما سيأتى ، فإن قبضه وهو مستحق الحبس أُجبر على إعادته إليه حتى يسلم الثمن ، أَو يأذن له ، وللوالد ، أَن يتولى طرفى الْقَبْض فيكون مُقْبَضًا قابضاً لولده ، كما يتولى طرفى العقد فى البيع ، فيقول مثلا بعت لولدى عبدى بكذا ، أَو قبلت له ، والوالد يشمل ولاية الجد ويتصور فى النكاح بزوج ابن ابنه ، بنت ابنه الآخر .

وقوله :(ولكلٍ غير بائع بأَجل ، حَبْسُ مُعَوَّضِهِ خوفَ فَوْتٍ ، فيجبران ، والثَّمنُ مُعَيَّنٌ ، وإلاَّ فبائع ثم مُشْتَرٍ ، فإنْ أَخَّرً[1] ، حُجِرَ[2] على مالِه ، فإن غَابَ مالُه مسافة قَصْر فسخ) .

---

(١) المشترى التسليم ، بأن امتنع منه وماله حاضر أو غائب دون مسافة القصر /م .

(٢) أى حجر الحاكم عليه حيث لم يكن محجوراً عليه بفلس فى التصرف فى شىء منه ، وان كثر ومنه المبيع إلى أن يسلم الثمن لئلا يتصرف بما يبطل حق البائع ، ويسمى هذا الحجر الغريب ، إذيفارق حجرالفلس فى أنه لايرجع فيه لعين المبيع ولا يتوقف على سؤال الغريم ولا على فك القاضى ، بل ينفك بمجرد التسليم على الأوجه ، ولاعلى نقص ماله على الوفاء بعذر البائع هنا ، حيث سلم بإجبار الحاكم ، ومن ثم لو سلم متبرعاً اعتبر النقص كالمفلس وفى أنه ينفق على موته نفقة الموسر ولا يتعدى لحادث ولا يباع فيه مسكن ولا خادم بإمكان الوفاء ، من غيره أى إذا كان فى المال سعة / ف .

أى : إذا اشترى عَيْنا بِعَيْنٍ أَو بمالٍ حالٍ فى ذمته ، فلكل من البائع والمشترى أن يحبس الْمُعَوَّض حتى يسلم الآخر إليه عِوَضَه ، فَإذا سلَّمه ، لزم الآخر التسليم إليه ، ولو كان له الاستبداد بالقبض حينئذ ، وقوله فى الحاوى : حَبْس عوضه وصوابه حبس مُعَوضه ، لأَن العوض هو البدل ، وإن كان مؤجلا لم يستحق الحبس ، بل يجب عليه التسليم ، ويستبد صاحبه فى القبض ، ثم إذا ترافعا إلى الحاكم ، نظرت فإن كان الثمن مُعَيَّنا أَجْبَر الحاكم هذا على تَسْليم المبيع وهذا على تسليم الثمن ، إليه ، أو إلى عدل ، نُعْطِى كلاً مالَه ، وإن كان الثمن فى الذمة ، أُجبر البائع أَولا على تسليم المبيع ، لأَنه لا يخاف هلاك الثمن ، ولأَنه يتصرف فيه بالحوالة ، والاعتياض ، والمشترى بخلاف ذلك ، ثم يجبر المشترى بعد ذلك على التسليم فى الحال ، فإن أَخر التسليم بأَن كان ماله غائباً عن المجلس ، حجر عليه الحاكم فى المبيع وفى سائر أَمواله ، فإن كان مفلساً أَو ماله غائباً على مسافة القصر ، فللبائع الفسخ والرجوع إلى المبيع ولا يكلف الصبر إلى حضور ماله ، وقوله فى الحاوى[1] بدأَ البائع فيجبر المشترى ، حالا : فيه ، أَمران :

أَحدهما : قوله بدأَ البائع أَراد أَنه يجبر على أَن يسلم أَولا ولا تصريح فيه بذلك ، بل المفهوم معه أَن إجبار المشترى متوقف على بدأَة البائع بالتسليم وهو وجه .

الثانى : أَن إجبار البائع ، أَولا ليس ، على إطلاقه ، بل ذلك

---

(١) وفى ح « وقبض الجزء الشائع بالجميع وبدأ البائع فيجبر المشترى حالا » .

إذا كان الثمن فى الذمة ، أمَّا إذا كان معيناً فالصحيح الذى قطع به الجمهور ، كما قال النووى : أنه له حكم المبيع ، فيجبر كل واحد منهما ، كما إذا تبايعا بعوضين ، وقد بيّنَاه .

وقــوله : (وَقَبْضٌ شائع ، بالجميع) .

أى : إذا اشترى نصف صبرة مشاعاً فقبضها بأن يسلم إليه الجميع ، وتكون يدُه على الباقى يدَ أمانة .

وقــوله : (وينفسخ قَبْل قبض بتلفه ، وإتْلاف البائع ، وعتقه مُوسِرًا باقيه ، وإنْ أبرأه قبل عن ضمانه) .

أى : المبيع قبل قبض المبيع من ضمان البائع ، بمعنى إذا تلف قبل القبض ، بآفة سماوية انفسخ ، وإذا انفسخ ، كان المبيع هالكاً على ملك البائع ، فمؤنَة تجهيزه عليه ، والصحيح أنه يقدر انتقال الملك إليه قبيل الموت ، ولا يرتفع من أصله ، ويسلم من فوائده للمشترى ، وكذا حكم إتلاف البائع ، فلو باع بعض عبد ، ثم أعتق باقيه قبل قبض المشترى – وهو موسر – انفسخ البيع وعتق جميعه ، وكان ، كأنَّه ، أتْلَفه ، ولو أبرأ المشترى البائع من ضمان المبيع قبل القبض ، لم يبرأ على الصحيح .

وقــوله : (والرِّيعُ[1] فى يَدِه ، أَمانَةٌ للمشترى ، كَرِكَاز يَجِدُهُ العبدُ ، وهبةٍ يَقْبَلُهَا ، ولا أجره إن اسْتَخدَمَه) .

---

(١) أى الزوائد الحادثة قبل القبض وبعد العقد ، وإذا استخدم البائع المبيع قبل القبض فلا أجرة عليه / هـ .

أى : وزوائد المبيع قبل القبض ، ملك مستقر للمشترى ، له بيعها وهبتها ، وليس له حبسها لأَجل الثمن ، وهى أَمانة فى يده ، فإذا وجد العبد ركازًا ، أَو وهب له ، أَو وُصِّى له فقبل ، فكل ذلك يدخل فى ملك المشترى وإن أُتْلَف العبد ، قبل القبض ، وإذا استخدم البائع المبيع ، فلا أُجرة عليه ، لأَن إتلافه كآفة سماوية .

وقوله :(وإن أَتلفه أَجْنَبِىٌ ، أَو عَيَّبَه ، ضَمِنَه[1] ، وَخُيِّرَ مُشْتَرٍ) .

أى : وإذا أَتْلَفه أَجنبى لم ينفسخ البيع ؛ لأَن القيمة قد ثبتت فى ذمة الأَجنبى فيخير له بين الفسخ ، واسترداد الثمن ، والإجازة ، ومطالبة الأَجنبى ، وكذا إذا عَيَّبَه الأَجنبى فى يد البائع ، فإن للمشترى الخيار من الفسخ والإجازة ، فإذا أَجاز رجع على الأَجنبى بالأَرْش .

وقوله :(وإتْلَافُه لا لِدَفْع وحدٍّ قبض) .

أَى : وإتلاف المشترى المبيع قبضٌ ، إلا إذا صال عليه فقتله للدفع عن نفسه ، أَو للحد ، بأَن كان مرتداً ، أَو تاركاً للصلاة ، أَو زانيا محصناً ، وقد أَطلق فى الحاوى[2] : أَن إتلافه قَبْض ، ولابد من استثناءِ هذا ، وكذا المرتد ، وتارك الصلاة ، والزانى المحصن إذا كان المشترى إمامًا ، وأَما المقتضى ونحوه ، فليس إتلافه قبضاً .

---

(١) ومحل الخيار فى غير ربوى ، وفى أجنبى أهل للالتزام ، ولم يكن تالفاً بحق ، وألا كأن كان حربيا أو أبلفه لنحو صيال وكذا رده وزنا وترك صلاة ، وهو إمام أو نائبه ، أخذاً مما يأتى ، انفسخ البيع كالآفة ، وتعييبه بنفسه أو بفعل بائع يخير به المشترى بلا أرش ، فإن كان بفعله كقطعة يده ، كان قابضاً لها ، فإن تلف بغير القطع ضمنها بجزء من الثمن ، فيقوم صحيحاً ثم متطوعاً ويستقر عليه من الثمن مثل تلك النسبة /ف .

(٢) وفى ح « وإتلاف المشترى قبض » .

وقـوله :(وَمُغْرٍ أعجمى أو غير مُمَيِّز مُتْلِفٌ) .

أى : وإذا أغْرى البائع أو المشترى ، أو أجنبي أعجمياً يعتقد وجوب الطاعة أو صبياً غير مميز ، أو مجنوناً باتلاف المبيع ، فهو المتلف ، فينفسخ إن كان بائعاً ، ويتخير المشترى إن كان أجنبياً ويصير قابضاً إن كان مشترياً .

وقـوله :(وَقَبْل قَبْضٍ ، امْتَنَعَ فيما يُضمَن[1] بِعَقْدِ بَيْعٍ ، وتصرف ، لا إجارة من مُؤَجرٍ وعِتْقٍ وإيلادٍ ونِـكَاح) .

أى : ويمتنع قبل قبض العين المبيعة ، وكذا كل عين تُضْمَن ضمان العقد من ثمن ، وصداق ، وعوض ، فى الخلع ، وصلح عن دمٍ ، ومنفعة مستأجرة ، وأجرة معينة ، ومعنى ضمان العقد ؛ أنه لا يجب مثله أو قيمته إذا تلف ، بل يجب ما اقتضاه العقد ، فيضمن المثمن بالثمن ، ثم ببدله إن تلف بْعد العقد ، والثمن بالمثمن ثم ببدله إن تلف بعد القبض ، والمنفعة فى الأُجرة ، بالإجارة ، ثم ببدلها إن تلفت بعد القبض ، والأُجرة بالمنفعة ثم ببدلها ، إن استوفاها ، والصداق وعوض الخلع بمهر المثل ؛ لأنه عوض البضع ، وله حكم التالف ، والعوض فى الصلح عن الدم بالدية وكل هذا لا يجوز لمالكها التصرف فيها

---

(١) وخرج بما يضمن غيره ، نحو وديعة ، وما بيد ولى بعد الرشد ، وموروث يملك المالك بيعه ، بأن قبضه قبل موته ، وإن لم يقبضه الوارث ، وما اشتراه من مورثه فات المورث قبل قبضه ، ولو مديوناً ، وبعقد المضمون ضمان يد ، كالمستام والمفسوخ بالإقالة ، الباق بيد المشترى ، أو رد له الثمن والا لم يصح تصرفه ، لأن له حبسه لاسترداد الثمن ، ومقبوض بعقد ، فاسد ، وغلة وقف ، ولو لجمع أن عين كل قدر حصته ، والثمن المعين كالمبيع فى جميع مامر فيه ومرَّأنه حيث كان فى الصفقة نفذ فهو الثمن وان ضم إليه ، عين أخرى كما هو ظاهر وإلا فما دخلت عليه الباء / ف .

قبل القبض ، إلا ما استثناه من العتق والإيلاد لقوتهما ، فينفذان - وإن كان المشترى معسراً - لأن البائع هو المقصر فى البيع منه ولا يأتى فيه ما فى الرهن ، والفرق هنا أن المالك حجر على نفسه ، وينفذ التزويج لأنه لا يشترط له القدرة على التسليم بدليل صحة نكاح الآبقة ، ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض من بائعه كغيره ، إلا إذا باعه بمثل ثمنه الذى اشتراه به من غير زيادة ولا نقصان ، ولا تفاوت صفة ، فإنه يصح ، ويكون إقالة ، هكذا نقله فى الروضة وأصلها عن المتولى وأقراه ، ولكن ذكره فى باب الرد بالعيب ، بأن بائع المعيب ، إذا اشتراه من مشتريه بمثل الثمن الأول وهما جاهلان بالعيب ، ثم علم به وأراد رَدَّه ، قيل لا يُرَدُّ ، إذ لا فائدة ، لأنه يرد عليه ، والأصح أن له الرد لأنه ربما رضى به ، انتهى ، وليس ذلك ، إقالة ، لأن له أن يرد بالعيب ، وإنما يكون إقالة ، إذا جرى قبل القبض ، وأما بعد القبض فيكون بَيْعًا ، ولا ضرورة فى تصحيحه ، إلى جعله إقالة ، وكذا إذا استأجر داراً ، ثم أجرها من المؤجر ، قبل القبض صح أيضاً ، على ما صححه فى التنبيه[1] ، فى باب الإجارة والنووى فى الروضة ، ولعله محمول ، على ما إذا أجره بغير مثل تلك الأجرة ، أو أكثر ، أمّا بمثلها ، فينبغى أن يكون إقالة كما سبق ، لأن الإجارة بيع المَنْفَعَة ، وأما المضمون باليد ، فالعين التى يَضْمَن بالمثل أو القيمة كالمغصوب والمقبوض على جهة للسوم ، والمعار والمشترى بشراءٍ ، فكل ذلك يصح

---

(١) التنبيه فى فروع الشافعية للشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن على الفقيه الشيرازى الشافعى المتوفى سنة ٤٧٦ ست وسبعين وأربعمائة وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة المتداولة بين الشافعية وأكثرها تداولا كما صرح به النووى فى تهذيبه أخذه أبو إسحاق من تعليقه الشيخ أبى حامد المروزى بدأ فى تصنيفه فى أوائل رمضان سنة ٤٥٢ وفرغ منه سنة ٤٥٣ ج ١/١٩٨ كشف الظنون .

بيعه قبل القبض ، لأنه إذا أتلفه ضامنا رجع إلى قيمته ، وذلك حكمه لو كان فى يد المالك ، ويد مودع ونحوه ممن يده يد أمانة .

وقوله : (وجاز بيع دين غير مثمن ، ممن عليه ، فقط ، إن عين عوَضه فى المجلس مع قبض ربوى) .

أى الدين إذا كان مثمناً والمثمن هو المسلم فيه ، والمبيع الموصوف فى الذمة ، لا يجوز بيعه ممن عليه ، وأما غير ذلك كالثمن والقرض ، وقيم المتلفات ، فإنه يجوز بيعها ، ممن عليه الدين ، « الحديث[1] ابن عمر : « كُنْتُ أَبيع الإبل فى البقيع بالدنانير وآخذ مكانهاالورق ، وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم ، فسألته عن ذلك ، فقال لا بأس ، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء » ، فإذا استبدل به ممن عليه نظرت فإن كان ربوياً اشترط أن يحضر المديون ، البدل ويقبضه الغريم فى المجلس ، ولا يشترط تعيينه فى العقد على الأصح ، وإن كان غير ربوى ، اشترط تعيينه فى المجلس لا القبض ، وتملكه بالتعيين ، ولا يشترط تعيينه فى العقد على الأصح وقوله فى الحاوى[2] : لا البيع ولا من البائع إلى قوله : ولا فى مطعومين ونقدين : فيه أمور :

---

(١) حديث ابن عمر « كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير ... الحديث » رواه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان وصححه الحاكم على شرط مسلم ، جـ ٥ ص ١٥٦ نيل الأوطار .

(٢) وفى ح« لا البيع ولو من البائع ، والهبة والكتابة والرهن والإجارة فيما يضمن بالعقد كالثمن المعين وعوض البضع والدم ودين السلم وإبداله بغير نوعه ودين الثمن وغير المعاوضة كالقرض يباع ممن عليه بالقبض فى المجلس فى مطعومين »

أحدها : أَن مُقْتَضاه بطلان البيع من البائع ، قبل القبض مطلقاً ، وهو مخالف لما سبق ، أَنه لو باع إياه بمثل ثمن الأَول كما بيناه صح وكان إقالة .

الثانى : أَنه أُلْحِقَ بالبيع ونحوه الإجارة ، والأَصح أَنه يجوز : أَن يؤجر من المؤجر قبل القبض ، .

الثالث : أَنه خصص من الديون ، الثمن وما ليس بمعاوضة ، والأَصح أَن ديون المعاوضات ، غير السلم ، كالعوض المصالح عليه عن المال ، والصداق ، والأُجرة ملحقة بالثمن .

الرابع : أَنه جوز بيعه ممن عليه مطلقاً ولا يشرطٍ إلا القبض ، فى الربوى ، وليس كذلك ، بل لابد من تعيين غير الربوى ، فى المجلس كما ذكره .

وقـوله :(ولا يُبْدِلُ نوعٌ أَسْلَم فيه بنوع) .

أَى : لا يجوز لمن أَسلم فى نوع كالعجوة من التمر ، أَن يستبدل عنها البرنى ونحوه ، لأَن ذلك كالاعتياض ، فهو كما له بدَّله بجنس آخر ، أَما لو أَبدله بنوعه الردىء أَو الجيد فجاز كما سيأتى .

التولية والاشراك والمرابحة والمحاطة

وقـوله : (فصل[1] : ولَّيْتُكَ العقد بيعٌ ، بما اشْتُرِيَ ، وأَشْرَكْتُكَ بيعُ نِصْفٍ) .

أى : من اشترى شيئاً ثم قال لآخر وليتك هذا البيْعَ ، فقد أَوْجبه له بثمن المثل الذى اشتراه به ، ولا يحتاج إلى ذكر الثمن بل يكفيه العلم به ، فإن كان لم يعلمه فلابد من أن يعلمه أولاً ، ثم يوليه إيَّاه فيحتاج المشترى إلى القبول ، وفى الأَصل ولَّيتُكَ بيع بما اشترى ، المراد بمثل ، وقد استعمل الأَصحاب هذا على سبيل المجازْ ، وكذلك بعتك بما قام على حقيقته بمثل ما قام على ، ويشترط فى هذا العقد جميع أَحكام البيع من القدرة على التسليم ، والتقابض فى الربوى ، والخيارين وبتجدد الشفعة ، وإذا قال أَشركتك فيه ، فهو بيع نصفه ، عند الإطلاق ، إلا أَن يبين الثلث أَو الربع فيحمل عليه .

وقـوله : (ولَحِق حَطٌّ ، ولفَت بعد حَطّ الكُلِّ ، أَو والثَّمنْ متقومٌ ، إلا لمن ملكه)[2] .

---

(١) فى ألفاظ تطلق فى البيع وقد تأثرت بقرائن عرفية أخرجتّها عن مدلولها الأصلى فى اللغة بزيادة ونقص وسميت مطلقة لأنها غير مفصلة ، لكن لها مدلول شرعى ، تحمل عليه ، وهى مافى هذا الفصل ، أو لاستتباعها غير مسمياتها وهى مافى الفصل الآتى: فن الأولى التولية ، وهى نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلى أو غير المتقوم بلفظها أو ما اشتق منه ، كقول مشترٍ لعالم بالثمن ، أو جاهل به ثم علم قبل قبوله ، وليتك . . الخ تولية / ف .

(٢) فإذا اشترى عبداً بثوب ، فإن كان ذلك الثوب قد انتقل إلى ملك إنسان فولاه العقد صحت التولية وإلا فلا / ه .

أى : وإذا اشترى شيئاً بثمن ثم ولأه لآخر ، لزمه مثل ذلك الثمن الذى اشتراه ، فإن حط البائع للمشترى ، ولو فى الثمن كله ، انحط أيضاً عمن وُلِّىَ ، وفاز بالمبيع مجانا .

فإن حط الكل قبل التولية ، ثم ولَّاه لم تصح التولية ؛ لأنه لم يبق ثمن يتولاه به ، وكذلك تبطل التولية ، لو كان الثمن غير مثلى ، فإن اشترى عبداً بثوب مثلا ، ثم وَلَّى العقد رجلا لم يصح إلا إن كان الثوب قد صار إلى ملكه ، فإن توليته تصح .

وقوله فى الحاوى[1] : بالثمن الأول فيه إطلاق ، والشرط أن يكون مثليا ، وأهمل أيضاً بيان جوازه ، بالمتقوم ، إذا مَلَكَهُ من ولاه العقد .

وقوله : (وبعت بما قام على به ، وبمؤن ، لا لاستبقاء ، ولا أَجْر فِعْلِهِ ، وبَيْتهِ) .

أى : إذا اشترى شيئاً وقال بعتكه بما قام على ، فهو بيع بما اشتراه وبما لحقه من مؤن ، كأُجرة الكيال والدلال ، والحمال والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ ، وأجرة الخباز ، وتطيين الدار ، وسائر المؤن ، التى للاسترباح دون ما وجب لاستبقاءِ الملك من نفقة وكسوة ، فعلف السمين محسوب ؛ لأنه تزيد به القيمة ، وما يحصل من فوائد المبيع فهو للبائع فى مقابلة ما أَنْفَقَ ، وكَسَى ، وإذا عمل بيده عملا ، أو أَدْخل المبيعَ داره لم يحسب لذلك أجرة ؛ لأنه لم يقم عليه المال .

---

(١) وفى ح « وليتك العقد بيع جديد بالثمن الأول » .

(**وقــوله** : وبرِبْحِ دَهْ يَازْدَهْ ، أَو حَطِّهِ ، بربح واحد بعد كل عشرة ، أَو حَطه) .

أَى : ويجوز بيع المرابحة مثل أَن يقول : بعتك بما اشتريت ، بربح دَهْ يازده ، ومعناه ، بعتك هذا بما اشتريته وزيادة ، واحد لكل عشرة ، فإِذا اشترى بمائة مثلا ، فقد باعه بمائة وعشرة ، وكما يجوز مرابحةً يجوز مُحَاطَّةً بأَن يقول : بعتك هذا بما اشتريته ، وحط دَهْ يازْدَهْ ، فيحط بعد كل عشرة واحداً ، فهو الحادى عشر[1] ، فلو كان الثمن الأَول مائة وعشرة ، فهو الآن مائة .

وقــوله : (ويُخْبِرُ صِدْقا ، وبعَيْبٍ وتَعَيُّبٍ وغَبْن وأَجَلٍ ، واشتراءٍ منْ طِفْلِهِ ، وبدَيْنٍ ، مُمَاطِلٍ ، وإِلا خُيِّر) .

أَى : ويجب عليه أَن يَصْدُقَ فيما أَخْبَر به ، فإِن اشتراه معيبا ورضى به ، أَو أَخذ عنه أَرشا ، أَخبر بذلك ، وإِن كان العَيْبُ حَدثَ معه ، أَخبر بحدوثه ، وإِن علم أَنه غبِن فى الشراءِ ، لزمه أَن يخبر بذلك ، وإِن اشترى مؤجلا أُخبِر بالأَجل ، وكذلك إِذا اشترى من ولده الطفل ، سواء حاباه أَم لا ، وجب عليه الإِخبار بذلك ، وكذلك إِذا أَخذه من غريم ، مماطل بدين ، أَخبره به ، فإِن كان مليئاً مُقِرًّا لم يلزمه ، وإِن لم يخبر بصدق فى شيءٍ مما ذكرناه ، فالمشترى بالْخِيَارِ ، وقوله : فى الحاوى : ويخبر بذلك صدقا ، وبالأَجل وبالغبن ، وحدوث عَيْبٍ ، وجناية ، وبالبائع إِن كان ولده الطفل ، أَو مماطلا ، اشترى بديْنه ، وإِلاحط التفاوت بلا خيار : فيه أَمور :

---

[1] (١) أى يحط واحداً بعد كل عشرة فيحط من الأحد عشر واحداً ، وذلك فى الصورة الثانية / هـ .

أَحدها : أَن قوله ولحدوث عيب ، يوهم أَنه لا يجب الإخبار بالعيب القديم ، وليس كذلك ، بل يجب الإخبار به .

الثانى : وبجناية الجناية من العيوب الحادثة ، فلا حاجة إلى ذكرها .

الثالث : أَن هذه المسائل الثلاث ، من قوله وبالأَجل إلى آخرها ، المعروف فى المذهب خلاف ما ذكر فيها ، وأَنه لا حَطَّ فى شىءٍ من ذلك ، بل الضرر يدفع بإثبات الخيار للمشترى ، كما قال النووى ، فى الروضة ، واقتضاه كلام الرافعى .

وقوله : (نعم إنْ أَخبَرَ ، بزيادة ، حُطَّت ، أَو بنقْص خُيِّرَ[1] ، إنْ صَدَقَ ، أَو بين عُذْراً وأَثْبَت وإلا حلَّفَهُ إن ادَّعَى علمه) .

أَى : إذا قال اشتريت بمائة ، فاشترى منه بمائة ، ثم قال اشتريت بتسعين فالأَصح أَن البيع يصح ، وأَنه يحط الزيادة ، وأَنه لا خيار للمشترى ، لأَنه إذا رضى بالمائة ، فالأَوْلى أَن يرضى بتسعين ، فإن غلط بنقص ، بأَن قال اشتريت بتسعين ، ثم قال اشتريت بمائة ، لم يثبت الزيادة ، فإن صدق المشترى ثبت للبائع الخيار ، وإن لم يصدقه ، ولم يذكر لغلطه وجهاً لم يَسمع بينتَه ، نعم لو قال هو يعلم صدقى ، فله تحليفه على الأَصح ، وإن ذكر لغلطه وجهاً كقوله اشتراه وكيلى ولم يعلم ، أَو نظر فى جريدتى[2] ونحوه فالأَصح أَن له تحليفه ، وأَنه لو أَقام بيِّنَةً سُمِعَتْ .

---

(١) أى البائع بين الفسخ والإمضاء / ه .

(٢) أى صحيفتى .

وقوله : (وَيُحَطُّ[1] الأَقَلُّ من نَقْصٍ و أَرْشِ يدٍ أَخذه) .

أى : إذا باع عبداً مرابحة ، وكان قد اشتراه ، بمائة مثلا وقطعت يده معه ، فأَخذ فيها أَرشاً خمسين ونقص من قيمته ثلاثون ، لم يلزمه أَن يقول : قام عَلى بخمسين ، بل له أَن يقول : اشتريته بمائة وقطعت يده ونقص ثلاثين ، فلو نقص ستين وقد أَخذ خمسين أَن يقول : قام على بخمسين نعم يلزمه أَن يقول نقص ستين ، وقوله فى الحاوى : وقدر النقصان إن أَخذ أَرش قطع اليد ، لا المأْخوذ وإن نقص وصدق بطل ، وإن كذَّب حلف ، وإن ذكر مخيلا سمعت ببَيِّنَة ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : وإن قدر النقصان إن أَخذ أَرش قطع اليد لا المأْخوذ ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان المأْخوذ أَكثر ، أَما إن كان أَقل فلايلزمه أَن يحط قدر النقصان ، بل قدر المأْخوذ .

الثانى : قوله : وإن نقص وصدق بطل ، الصحيح أَنه يصح ، قال فى العزيز[2] وقطع به الماوردى ، والغزالى فى الوجيز ، وقال

---

(١) فإذا كانت القيمة مائة ، والثمن مائة ، فنقص بقطع اليد ثلثها ، وأخذ البائع الأرش نصفها ، حط من الثمن ثلثها لا نصف القيمة ، لأن وجوب الزائد على قدر النقص لشرف كونه آدمياً لا للنقص ، ولو نقص ثلثا قيمته وأخذ الأرش من الثمن نصفها ، حطه فقط ، إذا لم يحصل له أكثر منه ، هذا كله إن باع بلفظ : قام على ، نعم إن كان نقص أكثر من الأرش المقدر ؛ حط ما أخذ من الثمن ، كما علم ، ثم أخبره بقيامه عليه بالباق ، وبأنه نقص من قيمته كذا ، أما إذا باعه بلفظ : اشتريت ، فإنه يذكر الثمن والجناية / ف .

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعى .

النووى : إنه الصحيح ، وقطع به المحاملى[1] ، والجرجانى[2] وصاحب التهذيب ، والشاشى وخلائق .

الثالث : قوله : وإن كذب حلف ، مقتضاه أَن المشترى إذا أَنكر ما ادعاه ولم يذكر مخيلا أَن له تحليفه فى تلك الدعوى ، وليس كذلك ، بل لا يُحلِّفه إلا إذا ادعى ، أَنه عالم بذلك ، أَما إذا ذكر مخيلا ، فإن له تحليف المشترى عليها ، لكنه لا يلزمه إلا نفى العلم ، وتسمع بيْنَتُه على الأَصح) .

---

(١) المحاملى هو . أبو الحسن الكبير من أقران أبى سعيد الاصطخرى وأبى بن أبى هريرة ، قال : وهو القائل بأن من وجد الزاد والراحلة بخراسان يوم عرفة ومات يقضى عنه الحج قلت : هذا غريب ، ٢/٢١١ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) الجرجانى هو . عبد الله بن محمد بن عبد الله بن مبارك الحافظ الكبير أبو أحمد الجرجانى صاحب كتاب « الكامل » وأحد الجهابذة الذين طافوا البلاد وهجروا الوساد ، ولد سنة ٢٧٧ هـ وتوفى سنة ٣٦٥ هـ وله كتاب « الانتصار على مختصر المزنى » ٢/٣٣ المرجع السابق .

البيع بألفاظ تستتبع غير مسمياتها

وقوله : فصل[1] : (يدخل فى بيع أَرض وساحة وبقعة ، وبستان ، وقرية ، ودسكرة ، ما بها من بناءٍ وشجر وأَصل بقل ، يدوم ، وبَذْرِهِ) .

أَى : هذا الفصل ذكر فيه الفاظاً تستتبع غير مسمياتها : كالأَرض وفى معناها البقعة ، والساحة والبستان والقرية ، والدسكرة[2] فإِذا قال : بعتك هذه الأَرض أَو الساحة ونحوها وأَطلق ، دخل فى البيع ما فيها من شجر وبناء وكل ما يستدام الْعَامَيْن والثلاثة ، كأَصل الكرفس والكراث والرطبة وبذرها ، لأَن لها حُكمَ أَجْزاء الأَرض ، ولهذا يؤخذ فى الشفعة ، ولو رهن الأَرض ، لم تدْخل المذكورات ، والفرق ضعف الرهن ، وسيأْتى ذكره فى بابه إِن شاء الله تعالى ، ولو قال بعتكها بما فيها ، أَو بحقوقها ، فأَوْلى أَن تدخل ، فإِذا باع الأَرض واستثنى الشجرة والبناء ونحوه لم يدخل ، وكل واحد مما ذكرناه يتناول مما تتناوله الأَرض ، وقوله فى الحاوى : وأَصل البقل وبَذْرُ دائِم النبات ، لا الزرع ، والبذر فيه تساهل ، فإِن اسم البقْل لا يختص بما يدوم نَباتُه ، بل هو شامل لكل خضروات الأَرض ، قال فى الصحاح : كل نبات أَخْضَرَّت له الأَرض فهو بَقْل ، وفى

---

(١) فى القسم الثانى من الألفاظ السابقة وهى التى قال عنها أنها استتبعت غير مسمياتها ومنها الأرض وغيرها /ف .

(٢) الدسكرة : بناء يشبه القصر حوله بيوت ويكون للملوك ، قال الأزهرى : وأحسبه معرباً ، والدسكرة القرية ، المصباح /م

إتباعه إياه ، لقوله : وبذر دائم النبات ما يزيده إشكالا ، وكذلك : لا البذر ، بعدقوله : وبذر دائم النبات : فلو قال ، لا الزرع وبذره كان أوضح .

وقوله : (لا نحو زرع ، وجزر ، وبذره ، وخُيِّر جَاهِلٌ ، لا إن ترك له ، أو فرغ بزمن قصير) .

أى : ولا يدخل فى بيع الأرض ونحوها الزرع : كالبر والشعير والذرة والدخن ونحو ذلك مما لا نبات لأصله ولا دوام وزرع الذرة بتهامة ، وإن كان يُجَزُّ مرتَيْنِ ، وقد يزيد على ذلك ، فإن مدته لا تزيد مع تكرر جزَّاتِهِ على مدة ما يُجَزُّ مرَّةً ، ونقل الأذرعى عن الشيخ أبى حامد فيما يُجز مرارا ، ولا يبقى أكثر من سنة ، أن حكمه حكم الزرع ، ولكنه نقل عن الرويانى[1] فى الحلْية أنه قال الشافعى : شجر القثاء والبطيخ يتبع الأرض بإطلاق البيع ، وما ظهر منها للبائع يأخذها فى وقتها ، ونقله فى الذخائر عن العراقيين مطلقا ، وفى هذا مباينة بما نحن فيه ، فإن القثاء والبطيخ مما لا ثبات لأصله ، ولا دوام ، إلاَّ أنه سيأتى عقيب هذا أن البطيخ والقثاء قبل أن يثمر ملحق بالبقول ، وبعد أن يثمر ملحق بالأشجار ، فليحمل كلامهم هنا على أنهم أرادوا بعد أن يثمر ، فإن باع أرْضاً وفيها زرع وشجر جَزَرٍ ونحوه ، أو بذره ، لم يدخل فى البَيْع ، فإن كان

---

(١) حلية المؤمن فى الفروع لأبى المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الرويانى الشافعى المتوفى سنة ٥٠٢ هـ ، وهو من المتوسطات فيه اختيارات كثيرة منها مايوافق مذهب مالك ، ج ٣٤٧/١ كشف الظنون .

المشترى عالماً فلا خيار ، وإن كان جاهلا ، بأن كانت رؤية الأرض قبل أن يزرع فله الخيار ، إلا أن يترك له البائع الزرع فإنه يجب عليه إمضاء البيع حينئذٍ ، وكذلك إذا تَرَكَ أن يفرغ له الأرض وكان ذلك يقع فى مدة يسيرة – لا يكون لمثلها أجرة – وجب إمضاء البيع ، وقد سبق ذِكْرُ جوازِ قَبض الأرض المزروعة فى بابه ، وإن كان لا يجوز قبض الدار المشحونة بالمتاع ، والفرق يأتى تفريغ الدار سريعاً وعدمه فى الأرض المزروعة .

وقـوله : (وإن بَقِىَ فَلا أُجْرة) .

أى : وإن اختار إبقاءَ البيع فلا أُجرة له فى مدة الزرع إلى الحصاد .

وقـوله : (وعلى بائع نَقْلُ حجر دُفِنَ ، وَطَمِّ حَفْرٍ ، وكذا أُجرة مدة نقل بعد قبض إن جهل مُشْتَرٍ) .

أى : ومن باع أرضاً وفيها حجارة مدفونة ، أو كنوز أَوْ أَقسمة ، لم تدخل فى البيع بخلاف الحجارة المخلوقة والمثبتة ، وسواء علم البائع بدفنها أم لا ، فيجب على البائع نقلها من الأرض ، وطم الحُفَر التى حفرها لإخراجها وعليه أُجرة الأرض مدة نقل تلك الحجارة ، إن كان إخراجها بعد القبض ، وإن كان قبله فلا أُجرة ؛ لأنها جناية من البائع ، لكن يثبت الخيار ، ولا تجب الأجرة بمدة النقل إلا إذا جَهِلَ المشترى كون الحجارة فيها ، فإن علم بها فلا أُجرة ، كما لو اشترى أَرضاً فيها زرع وهو عالم .

وقــوله :(فَيُخَيَّرُ إنْ تَضَرَّرَ بنَقْلِهَا ، لا إن تُرِكَتْ ولم تَضُرّ)[١] .

أي : وإن ظهرت في الأَرض حجارة مدفونة – ولم يعلم بها المشترى – فعلى البائع إخراجها ، ويُخَيَّر المشترى ، إن تضرر بنقلها ، بأَن كان النقل يعيبها إلا إن تركها البائع ، وإن كان الترك لا يضر بالمشترى ، فإنه حينئذ يسقط خياره ، كما إذا أعرض البائع ، عن النقل التى عَيَّب نزعها ، وذلك إذا كانت من فضة ، فإنها لا تدخل فى البيع ، وتكون الحجارة على ملك البائع ، فمتى أَخرجها المشترى أَخذها منه .

وقــوله :(وفى بَيْع دابة ، نَعْلٌ غيرُ فِضَّةٍ ، لاقِنٌ ثوبٌ) .

أَى : إذا اشترى الدابة ، وهى مُنتعلةٌ ، دخل النعل فى البيع ، إلا أَن يكون من ذهب أَو فضة ، ولا يدخل عِذَارٌ ولا سرجٌ ، وإذا باع العبد وعليه ثوب لم يدخل الثوب فى البيع ، وقال فى الحاوى[٢] : ويدخل الثوب ، والصحيح فى الروضة ، والذى صححه النووى فى المنهاج[٣] خلافه ، قال الأَذرعى ونسبه الماوردى إلى جميع الفقهاء ، ثم الأَمة فيما ذكرناه كالعبد .

وقــوله : (وفى دَارٍ ، أَرضٌ وبناءٌ وشَجَرٌ ، وما أَثبت لبقاءٍ ، كرحا بِفَوْقَانِىٍّ ، وغلق بمفتاح) .

---

(١) المشترى ببقائها فيسقط خياره حينئذ ، إبقاء للعقد وإن كان فيه منة ، ولحصولها بما يشبه جزء المبيع لاتصاله به فارقت ماقبلها ، وهذا الترك إعراض لاتمليك ؛ لأنه تابع لايفرد بعقد ، وعينه زائلة غير باقية بخلاف نحو الحجارة فيها ، / هـ .

(٢) ح « وخير إن تضرر به ولم يتركه البائع بلا ضرر والعبد الثوب والدابة النعل والدار البناء . الخ » .

(٣) المنهاج للنووى اختصره من المحرر .

أى : إذا باعه الدار دخل البناءُ الذى فيها ، سائر أَنواعه حتى الحمَّام والمعدود من مرافقها ، وما اشتملت عليه من شجر ، وإن كثر ، وما فيها من خشب مُعَدٍّ للبقاءِ كالسقوف والأَبواب المنصوبة ، وما عليها من المغاليق بمفاتيحها ، وإن كانت منقولة ، والحلق والسلاسل ، والصباب والرفوف ، والإجانات المثبتة فيها ، وخشب الْقَصَّار ، والتَّحْتَانى من حجر الرحا وكذا الفوقانى تبعاً له ، فإن كان يُقْفَل بِقُفْل حديد لم يدخل ، وأَلواح الدكاكين وأبوابها ، وإن كانت تنقل ، بخلاف سائر المنقولات ، كالسلالم غير المسمرة ، والسرير ونحو ذلك ، ولا يدخل ماءُ البئر فى البيع ، وإن قلنا إنه مملوك ؛ لأَنه نماء ظاهر فهو للبائع ، فلا يدخل إلا بشرط ، بل لا يصح البيع بشرط دخوله ؛ وإلاَّ اختلط كما فى الثمار .

وقوله :(وفى شجر عِرْقٌ وَغُصْنٌ رَطْبٌ ، بورقٍ[1] لا ثمر ، وَمَغْرِسٌ وبُقيا) .

أَى : ويدخل فى بيع الأَشجار الأَغصان الرطبة؛ لأَنها جزءُ منها ، بخلاف اليابسة ؛ لأَن العادة قطعها فهى كالثمر ، ويدخل الورق حتى ورق الفرصاد[2] والسدر[3] ونحوهما ، ويتناول العروق أَيضاً ،

---

(١) رطب أيضاً ، خلافاً لما يوهمه صنيعه تبعاً للأسنوى ، حتى ورق سدر وتوت ، وإن قصد لتربية ؛ لأن لها ثمرة ، هى المقصودة بالذات ، ومن ثم اتجه أن ورق الحناء لاثمرة له لايدخل كورق النيلة بخلاف عرجون ووعاء طلع/ف .

(٢) الفرصاد ، قيل : هو والتوت الأحمر ، قال أبو عبيدة : هو التوت ، وفى التهذيب : قال الليث : الفرصاد شجر معروف وأهل البصرة يسمون الشجرة فرصاداً وحملها التوت ، ولكن المراد بالفرصاد فى كلام الفقهاء الشجر الذى يحمل التوت ؛ لأن الشجر قد يسمى باسم الثمر كما يسمى الثمر باسم الشجر / م .

(٣) والسدر ورق مطحون لشجر معروف ، يستعمل فى الغسل لإزالته الوسخ ، ورائحته طيبة .

وإن شرط القلع لا القطع ، ولو باع شجرة يابسة فعلى المشترى تفريغ الأَرض منها ، فإن شرط إبقاءها لم يصح العقد ، كما لو اشترى الثمر ، بعد بدو الصلاح ، بشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولا تدخر الثمرة الظاهرة ، وظهورها إما بالتأْبير[1] فى النخل ، وإما بتناثر النور بعد الانعقاد فى نحو المشمش ، أَو ببروزها من غير نور ، كالتين ، ولا يدخل المغرس فى بيع الشجرة ، لكن يستحق إبقاءها ، فإنْ انقلعت لم يغرس بدلها .

وقـوله : (وَبَطَلٍ بَيْعُ بَقْلٍ ، ونحو بطِّيخ لم يثمِرْ ، وَزَرْع ما اشتد حَبُّه ، بلا أَرْضٍ ، لا بشرط قطع كَثَمَرٍ دون أَصْلٍ قبل بدو صلاح ، ولو لبطيخ ، أَو بعده ، وغلب اختلاطه) .

أَى : ويبطل بيع سائر البقول دون الأَرض إلا بشرط القطع ، وإن جُزَّت مرة بعد مرة أُخرى ، وقال الغزالى إن ما يُجَزُّ مرة بعد مرة أُخرى ، يجوز إفرادها بالبيع من غير شرط القطع ؛ لأَنها لا تتعرض للآفة كالشجر ، وهذا وإن كان هو القياس إلا أَن كلام الأَكثرين يخالفه ، وكذلك البطيخ قبل أَن يثمر ملحق بالبقول ، والزرع قبل اشتداد حبه ، كل ذلك لا يصح بيعه إلا بشرط القطع ، كما أَن الثمار بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح لا يجوز بيعها دون أَصلها إلا بشرط القطع ، فإن بيعت الثمار مع أُصولها ولو كانت ثمرة بطيخ وقثاءُ جاز من غير شرط القطع ، والقثاءُ والباذنجان قبل أَن يثمرا ، ملحق

---

(١) تأبير النخل : تلقيحه ووضع اللقاح للنخلة ليصلح ثمرها /م .

بالبقول ، وبعد أن يثمرا ملحق بالأشجار ، يجوز بيع أصولها دون الأرض عند الأكثرين ، لكن الإمام[1] والغزالى لا يُجَوِّزَان ذلك ، ويجعلانها قبل بدوّ الصلاح كما لو لم يثمر ، وأما القطن فنوعان : نوع يبقى سنين فله حكم النخل ، فإن باعه قبل أن يشقق الجوز ، فالثمرة للمشترى وإلا فللبائع ، وما لا يبقى أكثر من سنة ، له حكم الزرع ، فإن تكامل قطنه ، وتشقق جاز بيعه من غير شرط القطع ودخل القطن وإن لم يخرج جوزه ، أو خرج ولم يتكامل قطنه بطل إلا بشرط القطع ، وإن تكامل قطنه ولم يتشقق لم يصح العقد ؛ لأن المقصود مستتر ، فإن باعه بشرط القطع فلم يقطع حتى ظهر جوز آخر ، وتشقق فهو للمشترى أيضاً ، وإذا باع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وهو مما يغلب اختلاطه بثمر البائع الحادث ، ويتعذر معه التمييز كالتين والبطيخ والباذنجان ، فإنه لا يصح إلا بشرط القطع .

وقوله : (وَخُيِّرَ مُشْتَرِى ثَمَرٍ اخْتَلَطَ ، إلا إن سمح بائع) .

أى : وإن باع بشرط القطع ، فأخرت حتى حدثت الثمرة الأخرى واختلطت ، أو كان الشراءُ والاختلاط غير الغالب فى ذلك ، ثم جرى اختلاط ، فالأظهر أن البيع لا ينفسخ بذلك ، بل يثبت الخيار بين الإجازة ويكونان شريكين ، وبين أن يفسخ ، نعم لو أراد المشترى أن يفسخ فقال البائع سمحْت لك بحقى سقط خياره على الأصح ،

---

(١) إمام الحرمين .

كما سبق فى نعل الدابة ، وكذا نقله الأَذرعى والقمولى وابن الرفعة ، وعبارة جميعهم ، فإن سَمَحَ البائع ، ثم إذا سمح فما الحكم ؟ قال الأَذرعى : وقد يقال إن المشترى يملكه بمجرد الإعراض كما صرحوا به فى الإعراض عن السنابل ونحوها ، وقوله فى الحاوى : وما غلب اختلاطه بشرط القطع ، فإن وقع بطل ، وفيما يندر الخيار ، إن لم يهب البائع ما تجدد ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَنه فرق بين تخلط الثمار بترك القطع فيما يغلب اختلاطه ، إذا بيع بشرط القطع ، وبين أَن يختلط بالتلاحق فيما يندر ، فقضى بإبطال البيع فى الأُولى ، وتصحيحه فى الثانية بالخيار ، والذى قطع به فى الروضة ، أَنهما سواءٌ لا يبطلهما الاختلاطْ .

الثانى : أَنه شرط فى إسقاط الخيار ، أَن يهب البائع الثمرة ، وذلك يقتضى إيجاباً وقبولا ، وهى خلاف عبارة العزيز والروضة وغيرهما من كتب الأَصحاب ، فإنهم يقولون : فإن سمح البائع ، وبعضهم يقول : فإن ترك ، فعلمت أَن الإعراض كاف ويحصل به الملك ، كالإعراض عن السنابل ، وإنما لم يجعل الإعراض مملكاً ؛ لأَن عودها إلى البائع متوقع ، ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع ، فجعل الإعراض تمليكا .

وقوله : (والصلاح والتأْبير والتناثر ، لا الظهور فى بعض ككل ، إن اتحد باغٌ وجنس[1] وعقد فيبقى) .

---

(١) الباغ : البستان أو الحديقة أو المكان به الفاكهة والزرع / م .

أى : إذا اشترى ثمرة بستان ، وقد بدا الصلاح فى بعضها ، ولو فى نخلة واحدة ، فلجميعه حكم ما بدا صلاحه ، فيباع من غير شرط القطع ، وكذلك إذا ظهرت ثمرة نخلة واحدة ، فكذلك للنخل جميعه حكم ما ظهر ثمره ، وظهوره فى النخل بالتأبير ، وفى نحو المشمش بتناثر النور ، وفى التين والعنب ببروزه بنفسه ، فإذا باع النخل وقد تأبرت فيه نخلة ، أو المشمش ونحوه وقد تناثر نور بعضه ، فجميع الثمرة كالظاهرة ، فتكون للبائع ، وأما نحو التين والعنب ، فما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشترى ، ولم يفرق[1] فى الحاوى بين التأبير فى النخل ، وظهور الثمرة فى العنب والتين ، والصحيح الفرق ، ولكن يشترط أن يتحد البستان المبيع والجنس والعقد ، فإن اختلف شىء من ذلك بأن اشترى نخلا بعقدين ، أو نخلا وعنباً فى عقد ، أو نخلا فى عقد فى بستانين فلكل حكمه ، ثم الثمرة المملوكة بشراءٍ بعد بدو الصلاح أو ببيع الشجرة بعد ظهورها ، ونحو ذلك ، يجب تنقيتها إلى الجذاذ .

وقوله : (ولكل سَقْىٌ ، فَإِن تَشَاحَّا لِضُرٍّ فَسَخَ)[2] .

أى : ولكل من مالك الشجر ومالك الثمرة السقىْ لملكه إن لم يضر السقى ملك الآخر ، وليس لأحدهما الامتناع ، فإن لم يأتمنه

---

(١) وفى ح « وثمراً ظهر ويتبعه غيره إن اتحد باغاً وجنساً وعقدا كالصلاح وبقيا .

(٢) فسخ العقد ، أى فسخه الحاكم إذ لا مرجح مالم يتسامح أحدهما ، والسقى لكل من مالك الشجر ومالك الثمرة إن نفعهما أولم تضرهما ، على الأوجه ؛ لأن منعه سقيه تعنت ، فإن ضرهما لم يسق أحدهما إلا برضى الآخر ، وليس هنا إضاعة مال ؛ لأن حرمتها إن كان بسببها فعلا ، ومسامحته هنا بالترك أشبه ، على أن هنا غرضاً صحيحاً ، هو حرصه على نفع نفسه ونفع صاحبه بإبقاء العقد ، ف .

على دخول البستان نصب الحاكم أَمينا لذلك ، فإن ضرهما أَو ضر أَحدهما ، وتشاحا[1] فسخ العقد ، إلا أَن يرضى من عليه الضرر .

وقوله :(فإنْ ضَرَّ تركه الشجر ، سَقَى بائع أَو قطع ثمره وعليه سقى لثمر مشتر ، فإن تلف لعطش انفسخ ، أَو تعيب به خُيِّر ، لا بحاجة بعد تخلية) .

أَى : وإن كان ترك السقى يضر بالشجر والثمر ، للبائع أَن يطالبه بالسقى ، أَو يقطع ثمره ، وَيُخَيِّرُهُ الحاكم على ذلك ، وإن كانت الثمرة للمشترى مثل أَن يشتريها بعد بدو الصلاح ، وقد بينا أَنه يستحق الإبقاء إلى الجذاذ ، وجب على البائع السقى ؛ لأَن التسليم واجب عليه والسقى من تتمته ، فيجب أَن يسقيها سقيا يصونها عن التلف والتعيب ، فإن تلفت الثمرة من العطش انفسخ العقد ؛ لأَن هذا التلف وقع بترك السقى الواجب بالعقد ، فهو كالقتل بالردة السابقة على القبض ، وإن تعيب بترك السقى خُيِّر كالقطع بالسرقة المتقدمة ، بخلاف ما إذا تلف بجائحة أُخرى ، فإنه لا ضمان ؛ لأَنه بعد القبض قد صار من ضمانه .

---

(١) تشاحا فى عدد السقى المحتاج إليه روجع عدلان خبيران ، أو فى السقى لكونه يضر أحدهما ، وينفع الآخر أوهما الخ . ثم يفسخ الحاكم مالم يتسامح أحدهما / هـ .

معاملة العبد

وقـوله :(فَصْلٌ[1] ، لرقيق[2] ، ولو أَبقَ، تـجارةٌ ، ولازِمُها بإِذْنٍ ، لا سكوت ، ولو فى نوع ومدة ومكان رسمها) .

أَى : هذا موضع ذِكْرِهِ معاملة الرقيق ، فتصح التجارة من العبد والأَمة ، بإِذن السيد ؛ لأَنه لم يحجر عليه إلا لأَجله ، فإِذا أَذن له ارتفع الحجر عنه ، فبالإِذن فى التجارة يحصل الإِذن فى كل ما يتبع التجارة ، وتـكون من لوازمها ، كالنشر والطى والرد بالعيب ، والمخاصمة فى العهدة ونحوها ، ولا يكفى فى صحة تصرف عبده أَن يراه يبيع ويشترى فيسكت على ذلك ، بل لابد من الإِذْن الصريح ، فلو أَذن فَأَبَقَ لم ينعزل ؛ لأَن الإِبَاق معصية فهو كما لو عصاه بغير الإِباق ، ولا يصير محجوراً عليه بذلك ، فإِن عين له نوعاً يتجر فيه جاز ، بخلاف القراض ولم يتعد إلى غيره ، وإِن عين له مدة ، كقوله : اتجر إِلى الشهر الفلانى ، أَو بلد كاتجر فى البلد الفلانى لم يجز أَن يتعدى ما عَيَّنَ له من ذلك ، وقوله فى الحاوى : وللعبد بالإِذن لا بالسكوت التجارة ، ولازمها ، وإِن أَبق فى نوع ومدة رسم فيه أُمور :

---

(١) قوله : الرقيق : إن قلت أن اللام تقتضى الجواز أى يجوز لرقيق الخ وهو مناف لما يأتى أن تصرفه بإذن سيده استخدام ، لا توكيل وخدمة السيد واجبة لا جائزة فحسب ، قلت : يجاب عن ذلك ، بجوابين ، أحدهما : أن الجواز هنا بعد الامتناع ،والغالب فيما جاز بعد امتناعه أنه واجب . ثانيهما : أنا لا نسلم أنه يجب على الرقيق ، امتثال الإذن بمجرده وإنما شرطه أن يأمره مع الإذن أمراً جازماً ، وأما مجرد إذنه له أو مع أمره غير الجازم ، فلا يجب به إخدام فعبر باللام لإفادة أن التصرف مع الإذن أو مع الإذن غير الجازم جائز لاواجب/ف .

(٢) أى ف معاملة الرقيق العبد والأمة وتصرفه منه مالا ينفذ بالإذن كالولاية والشهادة وما ينفذ بالأذن كالعبادة والطلاق ، ومالا ينفذ إلا بأذن وهو كما قال : لرقيق الخ/ف .

أَحدها : قوْله : وللعبد التجارة ، لا يختص بالعبد ، بل الأَمة كالعبد ، فلو قال : وللرقيق لكان أَتم ، .

الثانى : قوله : فى نوع ، يوهم أَن ذكر النوع شرط لصحة الإِذن ، وليس ذلك مُرَاده ، بل يجوز له الإِذن فى التجارة مطلقاً ، ويجوز تخصيصها بنوع ، بخلاف العامل فى القراض .

الثالث : قوله : فى نوع ومدة رسم ، أَراد به إِذا عين له نوعاً أَو مدة أَنه لا يتعداهما ؛ لأَنه لا يجوز أَن يأْذن له إِلا فيها ، كما يفهمه كلامه .

الرابع : قوله : فى نوع ومدة رسم ، وسكت عن المكان والمكان كالزمان أَيضاً .

وقوله : (لا فى كَسبِه ومع سيده ، ولا يتصرف[1] فى نفسه) .

أَى : ليس له أَن يتجر فى مال السيد إِلا فيما أَذن له ، حتى لو اكتسب مالا باتِّهاب أَو قبول وصية أَو احتطاب ونحوه ، لم يجز أَن يدخله فى مال التجارة ؛ لأَنه ملك للسيد ولم يأْذن له فى التصرف فيه ، ولا يجوز أَن يعامل سيده ؛ لأَنه بنفسه مال لسيده وليس له أَن يتصرف فى نفسه ، إِلا بإِذن سيده ، ولا يجوز أَن يؤجر نفسه ولا يرهنها ولا يبيعها بِغَيْرِ إِذنه ، ولا يتوكل لِغَيْر السيد بغير إِذنه ؛ لتعلق العهدة بالوكيل ، فإِن

(١) قوله : ولا يتصرف ، إنما لم يقل : ولا فى نفسه عطفا على ماقبله ؛ لأن ذلك فى خصوص التجارة ، ولوازمها ، وأما فى نفسه فمنوع من التصرف فيها بالتجارة وغيرها ، كالرهن والنكاح ، والإنفاق على نفسه ، ولو عطفه على ماقبله ، اقتضى أنه لايمتنع أن يتصرف فى نفسه إلا بالتجارة ، ولوازمها ، وليس الأمر كذلك ، لما علمت من هذه المثل ، حاشية /ف .

فعل لم يصح ، وقوله فى الحاوى[1] : ورقبته وَمَنْفَعَتها ، عطفا على قوله : ونوع غير مطابق ، فليحمل على أَن مراده ، لا يجوز أَن يبيع نفسه ويرهنها ، ولا أَن يؤجرها ؛ لأَنه لا يتصور أَن يتجر فى رقبته ، ولا فيما يعجز عن تحصيله من منفعته ؛ لأَنه ليس له أَن يستقل بإِجارَة نفسه .

وقوله : (ويأْذنُ لعبده ، فى مُعَيَّن ، لا فيها إلا بإِذْنٍ) .

أَى : وإذا اشترى العبد المأْذون فى التجارة عبدا للتجارة فله أَن يأْذن له فى شراءِ متاع معين ؛ إذْ لا غناء به عن ذلك ، وفى منعه تضييق عليه ، ولا يجوز أَن يوكل أَجنبياً ، ولا أَن يأْذن لعبده فى التجارة ، مطلقاً ، إلا بإِذن سيده ، ثم ينعزل من أَذن له العبد ، بالحجر على العبد ، قاله فى العزيز والروضة .

وقوله : (ويكفى عِلْمٌ بالإِذْنِ كأَن شاع ، وفى حَجْرٍ قوله ، وإن جَحَدَ سيّدُه ، وحصل بعتق وبَيْعٍ) .

اعلم أَنَّك إذا لم تعلم أَنه قد مَسّ الشخصَ رِقٌّ جاز لك معاملته ، فإذا علمت بمسه إياه ، لم يجز أَن تعامله حتّى تعلم إِذْنَ سيده له ، إما ببينة تقوم ، أَو لسماع من سيده ، أَو بإِشاعة أَو باستفاضة بأَنه مأْذون ، فحينئذ تجوز لك معاملته ، فيكفى فى الحجر عليه أَن يقول : أَنا محجور على ، وإذا أَخبر بذلك لم يَجُز أَن يُعامَل ، ولو أَنكر سيّدُه الحجر عليه ؛ لأَن العاقد هو العبد ، وقد أَخبر

---

(١) وفى ح « وللعبد بالأذن لا بالسكوت التجارة ولازمها وإن أبق فى نوع ومدة ورسم لا كسبه ورقبته ومنفعتها ولا بالسيد » .

أَن مُعَامِلَه مُقْدِمٌ على باطل ، ويحصل الحجر عليه فى مال السيد بأَن يعتقه ، فإذا علم أَنَّ المال لسيده لم تجز معاملته بعد العتق ؛ لأَن إذنه استخدام لا توكيل ، وكذلك إذا باعه السيد صار محجوراً عليه ؛ لفوات محل الإِذْن .

وقوله : (ولمن عامله أن لا يُسَلِّم حتى يُثْبِت بإذنه) .

أى : وإذا علم أَنه مأْذون له واشترى منه أَو باع فله أَن يمتنع من تسليم العوض ، حتى يثبت عند الحاكم بالإِذن ، خوفاً أَن يجحده السيد ، كما قلنا فيمن صادق وكيلا أَن له الامتناع من التسليم إليه حتى يثبت بالوكالة .

وقوله : (ويتعلق دَيْنُها ، بكَسْبه قبل حجر ، وتجارتهِ وذِمَّتِه ، بلا رُجُوعٍ[1] ، لا رقبته ، ولا ذمَّة سيده وإتلافه ، ولو وَدِيعَةً ، برقَبَتِه ، ومؤن النكاح ، وضمان بكَسْب وتجارة ، وإلا فبذمته كمُشْتَرٍ بلا إذن) .

أَى : اعلم أَنه لا يشترط فى المأْذون أَن يعطيه السيد مالا للتجارة ، بل يجوز أَن يتجر فى الذمة ، فإذا لزمته ديون تجارة تعلقت بذمته ؛ لأَنه حق لزمه ، برضاء من له الحق ، فيتبع به إذا عتق ، ولا يرجع على السيد على الأَصح ، وإن كان فى يده مال تجارة تعلقت به الديون أَيضاً تعلقها بالرهن ، وكذلك يتعلق باكتسابه

---

(١) به على السيد ؛ لأنه أداه بعد العتق ، لما استحق فى الرق ، فكان كالأداء قبل العتق ، وأيضاً فهو ليس ثابتاً فى ذمة سيده ، وبها فارق عامل القراض ، أو الوكيل ، فإن لرب الدين مطالبتها ولو بعد عزلها ، ويرجعان بما غرماه على رب المال ، ويصح تصرفه ، فيما بيد مديون ، لكن بإذنه ، مع غرمائه ، وحينئذ يتعلقون بذمته ، نظير مامر /ف .

مادام مأذوناً له فى التجارة ، فإن حجر عليه السيد لم يتعلق بكسبه بعد ، كما أن السيد لا يلزم ذمته ما يلزم من ديون تجارة عبده شيء على المذهب ، وقد أخر فى الإرشاد ذكر مطالبة رب المال والعامل والوكيل والموكل إلى إباب الوكالة ، ولا تتعلق الديون برقبته ؛ لأن السيد لم يأذن أن يضمن فى رقبته ، وأمَّا ما أتلفه فإنه يتعلق أرشه أو قيمته برقبته ؛ لأن الرقبة متعلق الجنايات ، وسواء كان الذى أتلفه وديعة أم لا ؛ لأن المودع لم يأذن فى إتلافها وما لزمه من مؤن النكاح كالمهر والنفقة والكسوة ، أو بجهة الضمان ، فإنه يؤذن به من مال التجارة إن كانت بيده تجارة ، ومن كسبه إن كان مكتسباً ، ولا يتعلق بذمته إلا أن يكون مكتسباً أو ما عجز عنه كسبه ، فإنه يتعلق بذمته ، وكذلك ما اشتراه بلا إذن يضمنه فى ذمته لا رقبته ولا كسبه ، لأنه سلطه بالبيع على إتلافه ، وقوله فى الحاوى : وطولب بالديون ، وإن عتق كالعامل والوكيل برب المال ، ورجعا لا هو ويؤدى من مكسبه ، قبل الحجر ، ومال التجارة لا رقبته كالضمان وإتلافه الوديعة ، المهر والنفقة ، فيه أمور :

أحدها : قوله برب المال ، أراد مع رب المال ، أى أنه يطالب معه بديون التجارة ، وهذه المسألة يتبع فيها الرافعى ، وقد انكرها المتأخرون ، ونبه صاحب[1] المهمات والأذرعى وغيرهما على تناقض

---

(١) وهو الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الأسنوى الشافعى المتوفى سنة ٧٧٢هـ وعليها تتمات للشريف عز الدين بن حمزة بن أحمد الدمشقى الحسينى الشافعى المتوفى سنة ٨٧٤هـ وعليها تعقيبات للشيخ الشهاب أحمد بن العماد الأتفهسى المتوفى سنة ٨١٨هـ سماها « التعليق على المهمات » واستدرك عليها زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقى الحافظ المتوفى سنة ٨٠٦هـ وسماه « مهمات المهمات » ج ١٩١٤/٢ كشف الظنون .

كلام الرافعى فيها ؛ لأنه ذكر فيما إذا اشترى المأذون شيئاً للتجارة أنه هل يطالب به السيد ، ثلاثة أوجه ، أصحها يطالب ، ثم قال : ومن بعد ذلك بدون ورقة ولا تتعلق ديون معاملة العبد برقبته ، ولا ذمة السيد ، قال : وقع هذا مِنْه فى العزيز والمحرر والمنهاج ووقع فى الروضة ، على وجه أشد ؛ لأنه قال : ولا بذمة السيد قطعا ، قال : كيف يقال لا شئ فى ذمته ، ولكنه يطالب به قال الأذرعى : والظاهر أن هذا ، إنما جاء من خلط فقه الطرفين ، مع تباينهما من غير تأمل ، فإن الإمام أو أتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقاً ، وهو شاذ ، والمذهب غيره ، وهو أن السيد لا يطالب والحق ما ذكره الأذرعى .

الثانى : أنه جعل تعلق الضمان ومؤن النكاح والضمان بالكسب مطلقاً ، سواء حجر عليه أم لا .

الثالث : أَنَّ متعلق الوديعة إذا أتلفها ومتعلق مؤن النكاح واحد بالكسب ومال التجارة ، قال ابن النحوى : وهذا لا يعرف لغيره ، وكلامه صحيح ، فإن الخلاف المعروف فى العبد بتلفِ الوديعة ، هل تتعلق بذمته أو برقبته ؟ والأصح أنه يتعلق بالرقبة ، وأما كسبه ومال التجارة فلا تعلق له بهما .

وقـوله : (فإنْ استَخْدَمَه سَيِّدُه غَرِمَ الأَقل من أُجرَةٍ وواجب) .

فإن استخدم السيد العبد الذى تعلق بكسبه حق كالمهر والنفقة

ونحوهما لزمه الأَقل من أُجرة عمله ، وواجب يطالب به من المهر والنفقة ونحو ذلك .

وقــوله : (ولا يملك وإن ملكه ، ولا يستبد بتصرف ، إلا بخلع وقبول هبة ووصِية ولو مَنْ يَعْتِقُ على سيّدِه ، إن لم تجب نفقته حالا) .

أَى : وإذا ملكَهُ السيد مالاً ، لم يَمْلِكْه ، كما إذا ملكه غيره ؛ لأَنه مملوك فهو كالبهيمة ، ولا يجوز له أَن يستبد بتصرف ، فإن فعل لم يصح إلا فى خلع وقبول هبة ووصية ، فإنه يستبد بذلك بغير إذن السيد ؛ لأَنه إكْسَاب لا يعقب عوضا فاشبه الاحْتطَاب والاصْطِياد ، ويصح القبول ولو كان الموهوب من العتق على السيد بدخوله فى ملكه كأَصله وفرعه ، إذا كان لا يلزمه نفقته فى الحال بـأَن كان مكتسباً أَو السيد فقيراً ، أَو نحو ذلك ؛ لأَنه اكتساب لا يُعقِب عوضا ، فاشبه الاحتطاب والاصطياد ، وإن كان ممن تلزمه نفقته حالا لم يصح قبوله .

وقــوله : (كولِىِّ الطفل ، أَو جُزْئه ، لا لطفل موسر ، وملكه سَيَّدٌ قَهْراً كَصَيْدِه فلا يَسْرِى) .

أَى : كما أَنه يصح قبول العبد هبة قريب سيده الذى يعتق عليه ونفقته لا تلزمه حالا يجوز لولى الطفل أَن يقبله له ؛ لأَنه اكتساب لا ضرر على الطفل به ، فإن كان الموهوب جزء من يعتق

عليه ونفقته لا تلزمه حالا دخل فى ملك السيد ولم يسر لدخوله فى ملكه قهرا ، ولا يجوز قبوله للطفل الموسر ؛ لأن وليه كنائبه ، فقبوله له يوجب عتق باقيه عليه سِرَايَةً ولا حظ له فلم يصح قبوله للطفل ، وقوله فى الحاوى[1] : ويسرى ، الصحيح أنه لا يسرى ، فللعبد أن يقبل جزء من يعتق على السيد إذا لم تجب نفقته حالا ، كما ذكره الرافعى ، والنووى ، لتبرعات المكاتب ، وقالا : لا يسرى ؛ لأنه دخل فى ملكه قهراً .

وقوله :(فصل : اختلفا ، أو الوارث فى صِفَةِ عَقْد مُعَاوَضَة ، وقد صَحَّ ولا بيِّنة أو تعارضتا حَلَفَ كلٌ يمينا ، بنفى وإثبات) .

أى : إذا اختلف العاقدان ، كالبائع والمشترى ، فى الثمن ، والمثمن والمرأة والزوج فى الصداق ، والمؤجر والمستأجر من العين المستأجرة ، أو الأجرة ، وكذا سائر عقود المعاوضة ، كالسلم والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن الدم والخلع ، وكذا الاختلاف فى شرط الخيار وقدره ، وفى شرط الرهن والكفيل فى الثمن ، وشرط الأجل وقدره ، وكذا إذا اختلف الوارثان ، أو وارث وعاقد ، كأن قال أحدهما : بعتنى هذه الجارية بألف ، وقال الآخر : بل العبد بألف ، أو بعتك هذه الجارية بألف ، فقال : بل بخمسمائة ، أو بشرط الخيار يوما والأجل شهرا ، وقال الآخر : بل ثلاثا أو شهرين ، ونحو ذلك ولا بينة لواحد تحالفا ، وكذا إن أقام كل بينة وتعارضتا

---

(١) وفى ح « لا للطفل ويسرى وملكه السيد ولا يرد كصيده لاشرائه وضمانه ونكاحه » .

على الأظهر ، ولا يقع التحالف ، إلا إذا اختلفا ، فى صفة عقد محكوم بصحته ، وصفة التحالف أن يحلف كل منهما يمينا واحدا ، يجمع فيها بين النفى والإثبات ، والمستحب أن يقدم النفى فيقول : والله ما بعتك بخمسمائة ، ولقد بعتك بألف ، ويَحْلف الآخر ، والله ما اشتريت منك بألف ، ولقد اشتريته منك بخمسمائة ، وفى المثمن ، ما بعتك هذه الجارية بألف ، ولقد بعتك العبد بألف ، ويحْلِف الآخر : مااشتريت هذا العبد بألف ، وقد اشتريت الجارية بألف ، وقس عليه ، وهذا اختلاف فى صفة العقد على الصحيح ، فإن اختلفا فى أصل العقد ، حلف منكره ، أو فى صحته فسيأتى : وقوله[1] فى الحاوى : إن اختلف العاقدان أو الوارث فى صفة عقد معاوضة اتفقا على صحته ، حَلَف كل على النفى ثم الإثبات فى يمين ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : اتفقا على صحته ، ليس اتفاقُهما شرطا ؛ لأنه ذكر فى الروضة أنه لو قال : بعتك بألف ، فقال : بل بخمسمائة وزقٍّ خمر ، حلف البائع على نفى سبب الفساد ، ثم يتحالفان ، فيقضى بالتحالف فلم يتفقا على الصحة فالشرط وجود الصحة ، لا الاتفاق عليهما .

الثانى : قوله : حلف على النفى ثم الإثبات ، يوهم أن الترتيب بشرط ، لاسيما وقد قال بعد بَدْءِ البائع نَدْبا فلا شك حتى خصص الندب بهذا الترتيب الأول حَتْمٌ .

---

(١) وفى ح « إن اختلف المتعاقدان أو الوارث فى صفة عقد معاوضة اتفقا على صحته ، ولا بينة أو لكل بينة ، حلف كل على النفى ثم الإثبات فى يمين ، وقضى على من نكل من كل واحد لمن حلف » .

وقوله : (وقُضِى لحالِف على ناكلٍ عَن أَحدِهما) .

أَى : إذا حلف أَحدهما على النفى والإثبات ، ونكل الآخر عنهما ، أَو عن أَحدهما ، قضى للحالف على الناكِل ، وجعل النكول عن أَحدهما كالنكول عن الكل ؛ لاتصال كل بالآخر .

وقوله : (وندباً بدأَ بنفى ، وبَائعٌ بمَا فى ذِمَّةٍ ، ومُسْلَمٌ إليه ، وزوجٌ فى مَهْرٍ ، وسَيِّدٌ فى كتابةٍ)[1] .

أَى : ويستحب أَن يبدأَ بالنفى كما سبق ، وأَن يبدأَ البائع باليمين لقوة جانبه ؛ لأَن المقصود هو المبيع وهذا إذا كان الثمن / فى الذّمة ، وأَما إذا تبايعا عرضاً بعرضٍ ، فهما سواء ، وقال الرافعى : وينبغى أَن يُخَرَّج ذلك على أَن الثمن ماذا ، وبهذا التخريج قطع فى الحاوى[2] : فلم يفرق ، وقال الأَسنوى : وهذا التخريج ليس بلازم ، ثم قال فى المطلب[3] ، لأَن مَأْخَذَ البداءة قوة جانب على جانب ، كما ذكره فى تعليل الأَقوال ، وذلك مفقود ههنا ، ومثل بالمسلم إليه والسيد فى الكتابة والزوج فى الصداق ؛ لأَن كلهم فى المعنى بائع ، وأَما فى السلم والكتابة فظاهر ، وأَما فى البضع فلأَن المقصود البضع فهو كالمبيع يصير بعد الفسخ للبائع .

---

(١) لأن الأول والأخير ، فى معنى البائع والزوج قوى جانبه ، ببقاء التمتع له ، فإن قلت : المسلم إليه العوض فى ذمته وهو لايرجع بخلاف المسلم فإن عوضه المعين يرجع إليه ، فيكون جانبه أقوى ، فلم‌بدىء المسلم إليه ، مع ذلك ؟ قلت : لأن السلم عقد غرر ، وهو فى جانب المسلم أكثر فلذا كان جانبه أضعف بخلاف المسلم إليه ، فإن قلت : البائع فى الذمة كذلك ، وقد مر تقديم المشترى عليه ، مع أن الغرر فيه أكثر ، قلت : الأصل فى البيع عدم الغرر بخلاف السلم وكل ماهو من شأن أمر أصله فتأمله ، فإذا تحالفا لم ينفسخ العقد بالتحالف بل يعظهما الحاكم ويدعوهما للاتفاق /ف .

(٢) وفى ح « بدأ البائع ندباً والمسلم إليه والسيد فى الكتابة وفى المهر الزوج . ثم فسخ الحاكم أومن أراد منهما لافى الدم .

(٣) المطلب شرح الوسيط ، للشيخ نجم الدين احمد بن محمد المعروف بابن الرقعة ، المتوفى سنة ٧١٠هـ .

وقــوله : (فإن أَصَرَّا فلكل ، أَو الحاكم فَسْخُ عقده ، ومُسَمَّى دمٍ وبُضْع[1] وعتق لبدلها) .

أَى : تحالفا ودعاهما الحاكم إلى الاتفاق ، فإن اتفقا فذاك ، وإلا فلكل منهما الفسخ ، وللحاكم إذا سأَلاه أَيضاً الفسخ ، وكذا إذا أَعرضا على الأَصح .

ثم اعلم أَنه لا ينفسخ فى الدم والبضع والعتق بل فيا سمياه ، ويكون الرجوع إلى بدل ما يقابله ، فإذا وجب قصاص فصالح عنه على مال ، ثم اختلفا فى قدره أَو صفته تحالفا ، ولم يرجع إلى الدم ، بَلْ تجب له بدل الدم وهو الدية ، وفى البضع بعد التحالف والفسخ لا ينفسخ النكاح بل ينفسخ المسمى ، ويجب بدل البضع ، وهو مهر المثل .

وكذلك فى عوض العتق ، إذا كاتبه على مال ثم تحالفا على قدره ورجع إلى قيمة العبد ، وقوله فى الحاوى : ثم فسخ الحاكم أَو مَن أَراد منهما لا فى الدم والبضع والعتق ، فيه أَمران :

أَحدهما : قوله : ثم فسخ الحاكم ، مقتضاه أَن للحاكم الفسخ بمجرد التحالف ، وليس كذلك ، بل لابد من علمه ببقائهما على الاختلاف وعدم التوافق ، فقد قال فى الروضة : إن الحاكم يدعوهما بعد التحالف ، إلى الموافقة ، فإن اتفقا فذاك ، وإلا فإن استمرا على التنازع وسأَلا من الحاكم الفسخ فسخ ، وإن أَعرضا فهل يفسخ فيه تردد ؟ انتهى ،

---

(١) فى صداق وخلع / هـ

وقال الأذرعى قال الهروى[1] : غلط من قال من أصحابنا : إن الفسخ يتوقف على طلب المتبايِعيْن أو أحدهما ، لا يَدَعُهُما يتماديان والتمادى فى الخصُومة هو الإضرار عليهما .

الثانى : قوله : ثم فسخ الحاكم لا فى الدم والبضع والعتق فيرد البدل ، مُقْتضاه أنهما إذا تحالفا فيما لا ينفسخ العقد كالنكاح ونحوه أنه لا يحتاج إلى فسخ واحد ، وأنه يجب البَدَلُ بنفس التحالف ، وليس كذلك ، بل لابد من الفسخ فى عوض الدم والبضع والعتق ؛ ليحصل إلى الدية ومهر المثل وقيمة العبد ، قال فى العزيز : وإذا تحالفا فيفسخ الصداق ترجع المرأة إلى مهر المثل ، وقال فى التتمة : إذا ثبت أنهما يتحالفان فى الصداق فالكلام فى فسخ التسمية والبداية باليمين وكيفية اليمين على ما سبق ذكره فى البيع : وفى الوسيط[2] والشامل وغيرهما ونحو ذلك ، ثم انفسخا أو فسخ الحاكم انفسخ ظاهراً وباطناً ، أو أحدهما وهو محق ، فكذلك ، أو مبطل انفسخ ظاهراً فقط .

---

(١) الهروى هو أحمد بن محمد بن شارك أبو حامد الهروى الشاركى عالم هراة وإمامها ومحدثها وأديبها وفقيهها ومفسرها ، سمع محمد بن عبد الرحمن السامى ، والحسن بن سفيان النسوى وأبا يعلى الموصلى وجماعة ، وروى عنه أبو عبيد الله الحاكم وأبو إبراهيم النصرابادى وغيرهما ، قال فيه الحاكم : مفتى هراة فى عصره وكان حسن الحديث وردنيسابور سنة ٣٥٣هـ وأقام بنيسابور مدة ثم انصرف إلى هراة فتوفى بها سنة ٣٥٥ هـ وقيل سنة ٣٥٨ هـ ج ٩٨/٢ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) الوسيط فى فروع الشافعية للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى حجة الإسلام الشافعى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ والوسيط ملخص من بسيطه مع زيادات وهو ، أحد الكتب الخمس المتداولة بين فقهاء الشافعية . كما ذكر النووى ، وقد شرحه تلميذه محيى الدين محمد بن يحيى النيسابورى الخبوشانى وسماه «المحيط» وتوفى سنة ٥٤٨هـ فى ستة عشر مجلداً ، ووقفه بالمدرسة الصلاحية فى جوار الشافعى ، وشرحه الشيخ نجم الدين بن الرفعة المتوفى سنة ٧١٠ هـ وسماه « المطلب » وشرحه الشيخ نجم الدين أبو العباس احمد بن محمد القمولى المتوفى سنة ٧٧٧هـ وسماه (البحر المحيط) ثم لخصه وسماه «جواهر البحر» ولخص هذا التلخيص سراج الدين عمران بن محمد اليمنى المتوفى سنة ٨٨٧هـ وسماه « جواهر الجواهر » ٢٠٠٨/٢ كشف الظنون .

وقــوله :(وَرُدَّ[1] مَقْبُوضٌ ، ثُمَّ بَدلَهُ ، وَقُوِّمَ يَوْم تَلَف ، مع زَائِدٍ اتَّصَلَ) .

أى : وَيُرَد المقبوض الذى انفسخ فيه العقد إن كان باقياً وعوضه أَو عوض بعضه إن كان تالفاً ، والأَصح ، أَنه تجب قيمة يوم التلف ومثله إن كان مثلياً ، وقال فى الحاوى : بقيمة يوم التلف : فلو قال ببدل لكان أَشمل ، ولا يلزمه أَن يرد فوائد المبيع وزوائده المنفصلة ؛ لأَن العقد ينفسخ من حينه لا من أَصله ، ويرد مع زوائده المتصلة كالسمن والكبر وتعلم الصنعة .

وقــوله :(وَأَجْر مثلٍ إن أَجَّره ، وقيمة آبق ، لِفُرْقَةٍ ، وَكَتَلَفِهِ رهْنٌ ، إن لم يَصْبر وبيعٌ وكتابةٌ) .

أى : وإذا فسخ عقد البيع بالتحالف – وقد أَجَّره المشترى – لم تنفسخ الإجارة ، فيرد المبيع وأُجرة المثل للمدة الباقية ، وانفسخ والمبيع آبق ، فالأَصح أَن الفسخ واقع عليه وأَنه يصير ملكاً للبائع ، لكن تجب على المشترى القيمة للحيلولة ، فإذا رجع رَدَّها وأَخذه ، وإن كان مرهونا خُيِّر بين أَن يَصْبر إلى فكاكه ، أَو يأْخذ قيمته يوم البيع ، وأَوجب الشيخان[2] فى المكاتب القيمة كالبيع ، ولم يُخَيِّرَاه كالرهن ، وكل منهما ينتظر انفساخه ولا يقع عليه الفسخ فى الحال ، قلت : ولعل الفرق أَنه فى الرهن يمكنه التوصل إلى الفسخ فى الحال

---

(١) إذا فسخ العقد أو المسمى / ه .

(٢) النووى والرافعى .

بأن يقضى للدين ، فجعلت الخيرة إليه فى الفسخ ، ولا يمكنه ذلك فى المكاتب فألحق فى التالف ، وأمَّا فى الحاوى : فأطلق فى إيجاب القيمة فى المرهون من غير تَخْيير ، وهو خلاف ما فى العزيز والروضة .

وقوله : (وفى عَقْدَين ، حلف كل نَفْيًا ، فى صِحَّة مُدَّعِيها غالِبًا ، وفى أَنَّ هذا مُسَلِّمُكَ[1] ، غريم ادَّعى ، وذو عوض معين أنكر[2]) .

أى : إن اختلفا فى عقدين ، بأن قال أحدهما : بعتك بألف ، فقال الآخر : بل وهبتنى ، حلف أنَّه ما اشترى ، وحلف الآخر أنه ما وهب له ، وانقطعت الخصومة ، وإن اختلفا فى صحة العقد ، بأن قال : بعتك بألف، فقال : بل بخمر ، فالقول قول من يدعى الصحة ، فيحلف على ما ادّعاه ؛ لأن إقدام صاحبه على العقد اعتراف بصحته ، وهذا هو الغالب ، وقد يكون القول قول من يدعى الفساد ، قال فى المهمات : ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها : ما إذا باع ذراعاً من أَرْض وهما يعلمان ذراعاتها فادعى البائع أنه أدار ذراعاً معينا حتى لا يصح ، وادعى المشترى الشيوع حتى يصح ، ففيه احتمالان ، وقال : الأرجح كما قاله فى الروضة من زياداته تصديق البائع فيفسد ، ومنها : لو اختلفا فى أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف ، فالقول قول من يدعى الإنكار ، ومنها : لو قال السيد : كاتبتك وأنا مجنون أو محجورعلى ،

---

(١) يعنى المسلم فيه الذى أقبضنيه ، وأنكر مشتر ومسلم إليه ذلك ، وحلف على ما ذكر وهو البائع والمسلم ولو وكيلا أو الوارث ؛ لأنهما لم يتفقا على قبض ماعقد عليه ، والأصل بقاؤه فى الذمة ، وعدم القبض المبرىء /ف .

(٢) وهو مشتر فى الأولى وبائع فى الثانية ، لاتفاقهما على قبض ماعقد عليه ، وتنازعا فى سبب الفسخ والأصل عدمه وبقاء العقد ، ويصدق غاصباً ردعيناً ، وقال هى المغصوبة ، وكذا وديع /ف .

وعرف للسيد حالة الجنون ، أو الحجر ، كان هو المصدق ، كذا جزم به الرافعى ، فى الكتابة فى إفتاء الحكم الثانى انتهى ، وهذه المسائل واردة على الحاوى[1] ، لأنه لم يقل غالباً ، ولو قال البائع ، وقد رد عليه المبيع بعيب : ليس هذا الذى سلمته إليك ، فالقول قوله ، بخلاف المديون والمسلم إليه ، فإن المصدق الغريم والمسلم ، والفرق أن الأصل عدم القبض ، المبرىء للذمة المشغولة .

---

(١) وفى ح « وفى عقدين كل على نفيه . وفى الصحة مدعيها والبائع والمسلم فى المردود » .

السلم

وقـوله :(باب : شَرْطُ سَلَمٍ رَأْس مالٍ أَو عَيْنٍ ، هُوَ مَنْفَعتُها ، فى مَجْلِس خِيَارٍ لا بحِوَالَةٍ) .

أى : اعلم أَن السَّلم ، ويقال السَّلف ، على موصوف فى الذمة ، وهو نوع من أَنواع البيع ، وفيه زيادة شروط[1] ، ومنها اشتراط تسليم الثمن وهو رأْس المال فى المجلس ، فإِن كان رأْس المال منفعة كمن أَسلم سكنى دار سنة فى ثوب موصوف كفاه أَن يسلِّمَ إِليه الدار فى المجلس ، ولا يجزئه أَن يحيل إِليه رأْس المال ، فإِن الحوالة لا تصح برأْس المال ولا عليه ؛ لأَن قبض المسلم إِليه رأْس المال فى المجلس شرط[2] لصحة العقد ، فلو أَمر المسْلَم من له عليه دين أَن يسلمه إِلى المسلم إِليه نيابة عنه ، فسلَمه إِليه لم يكن قبضاً للمسلم إِليه ، فإِذا أَمَرَ المسلم إِليه غريمه أَن يقبض رأْس المال من المسلم نيابة عنه فقبض صح ، والفرق أَن غريم المسلم إِليه صار وكيلا فى قبض رأْس المال

---

(١) فى السلم وهو نوع من أنواع البيع إذ هو بيع موصوف فى الذمة ببدل يجب تعجيله بمجلس البيع بلفظ السلم أونحوه ، ولكونه بيعاً لم يصح إسلام كافر فى نحوقن مسلم ومصحف ، واعتبر له مايعتبر للبيع إلا الرؤية ، ولكونه نوعاً أخص ، اختص بأمور وشروط أخرى أخذ ى بيانها المؤلف . ه فتح الجواد . وسمى بذلك لتسليم رأس المالفى المجلس ويسمى أيضاًسلفاً . لتقديم رأسالمال فهو لغة يسمى سلما وسلفا وهما بمعنى واحد ، وأما دليله من الكتاب فقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية » ٢٨٢ سورة البقرة ،قال : ابن عباس رضى الله عنهما : أراد به السلم ، ومن السنة ماجاء فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى التمر السنة والسنتين ، وربما قال السنتين والثلاث فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم (ص ٢٢٦ ـ ٥ نيل الأوطار) وحكمته الرفق بالمتعاقدين ؛ لأن أصحاب الحرف قد يحتاجون إلى ماينفقونه على حرفهم من الغلال ولا مال معهم ، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص فجوز ذلك . رفقاً بهم / م.

(٢) ذكر له ستة شروط ، الأول تسليم رأس المال فى مجلس العقد الخ / م .

من المسلم ، وغريم المسلم لم يصر وكيلا له ، بالتسليم إلى المسلم إليه ؛ لأنه بالتسليم مزيل لملكه ، والإنسان لا يكون وكيلا لغيره فى إزالة ملك نفسه ، وقد يوهم من وقف على هذا المعنى فى الروضة أنه تصح الحوالة من المسلم إليه دون المسلم ، وهو مبَاين لما ذكره ، لأنه قال : لا يجوز أن يجعل المسلم برأس المال وإن قبضه المسلم إليه من الرجل فى المجلس ، ثم قال للمحال عليه سَلِّمْه إليه لم يكن وكيلا فى التسليم إليه ، ثم ذكر حوالة المسلم إليه ، ليس أنه إذا قال لغريمه اقبض منه صار وكيله ، فاعتباره لصحة القبض للسلم فى حال دون حال ، لا لصحة الحوالة ، فى حال دون حال ، ولو كانت الحوالة صحيحة لما احتاج إلى إذْن المسلم إليه فى القبض ، ولو كان وكيلا له ، وكيف يتوهم صحة الحوالة من يعلم أن الحوالة ينتقل بها الملك فى الدين من المحيل إلى المحتال ، ويعلم أن اشتراطهم فى صحة السلم أن يقبض المسلم إليه رأس مَال السلم قبضاً حقيقياً ، وهل يتصور أن يقبض لنفسه ما صار ملكاً لغيره ؟ واعْلم أن قوله فى الحاوى : قبض رأس المال ، فيه تساهل ، وعبارة الروضة تسليم رأْس المال ؛ لأن الإقباض من المسلم شرط ، فلا يجزئ قبض يستبد به من غير اختياره ؛ لأن هذا القبض فى المجلس لا يتم إلا به ، فَاشْتَرَط فيه اختْيار المتعاقدين كالإيجاب والقبول .

وقـوله : (فإن فَسَخ تَعَيَّن رَدُّه ، وإن عَيَّن بعد) .

أى : وإذا فسخ عقد السَّلَم بعد اللزوم لأمر اقتضاه ، ورأْس

المال باقٍ ، لم يجز للمسلم إليه إبْدَالُه ، بل يتعين رَدُّه ، سواء بعينه أَو سلمه عما عقد به فى الذمَّة .

وقوله[1] : (وكَوْنُ المسلَمِ فيه دَيْناً ، ولو عَيَّن له بلَداً ، إلا قرية صغيرة) .

أَى : ويشترط أَن يكون المسلم فيه دينا فى الذّمة ، سواء كان مؤجلا أَو حالا ، فإن أَسلم إليه فى معين كهذه الدراهم فى هذا الثوب لم ينعقد سلما ولا بَيْعاً ؛ لاختلاف اللفظ ،وكون آخره دافعاً لحكم أَوله ، ولا يضر أَن يعين للطعام أَو للثمرة بلداً ؛ لأَن ذلك لا يخرج عن كونه دَيناً ، ولكن يشترط أَن يكون المكان متسعاً ، فلو عين للثمرة بستاناً ، أَو قرية صغيرة لم يجز ؛ لأَن ذلك تضييق محال التحصيل وقد يصاب بعاهة ، والشرط أَن يكون فيما يتيسر أَداؤه .

وقوله :(مقدوراً[2] فى محلة ، ولو جَلِيبَةً ،لا فى كثيرٍ وَقْتَ باكورة) .

أَى : ويشترط أَن يقدر وقت محله على تسليمه ، والقدرة على التسليم شرط عام لكل مبيع ولو كان لا يوجد فى البلد إلا بالنَقْل من بلد آخر لم يضر ، إذا كان عادته أَن يجلبه للبيع فى المحل ، ولو كان يَعِزُّ وجوده كما لو أَسلم فى شيءٍ كثير يحل وقت الباكورة ، فإنه لا يجوز ؛ لأَن السلم غرر فلا يضاف إليه غرر آخر .

---

(١) هذا هو الشرط الثانى من شروط صحة السلم ، وهو كون المسلم فيه ديناً فى الذمة سواء كان مؤجلا أو حالا ، واحترز بذلك عن أن يكون المسلم فيه عيناً كالمثال الذى ذكره : « اسلمت إليك هذه الدراهم فى هذا الثوب فلا يصح /هـ.

(٢) هذا الشرط الثالث من شروط صحة عقد السلم وهو القدرة على التسليم وإن كان شرطاً عاماً فى كل بيع ، إلا أنه قد يحتاج إلى مؤنة وإلى تعيين المكان والزمان / م .

وقـوله : (فإنْ انْقَطَعَ بُقرْبٍ ، أَو غَابَ خَصْمُه ، وللنقْل مُؤْنةٌ وحَلَّ ، خُيِّر ، وإن أَجاز) .

أَى : وإن انقطع المسلم فيه ، وليس المراد بالانقطاع أَن يَعزَّ وجوده ، بحيث يبطل إنشاء السلم فيه ، بل المراد هنا أَن يقدم ، أَما إذا وجد - وإن غَلا - لزمه شراؤه ، بثمن المثل ، ولا يجبر قبل المحل ، فإن انقطع وعلم أَنه يستمر الانقطاع إلى بعد المحل لم يكن له أَن يفسخ إلا فى المحل على الأَصح ، وإن انقطع فى المحل ، ووجد فيما فوق مسافة القصر فسخ ، وقيل : يفسخ بما فوق مسافة الْعَدْوِ[1] فى الأَصح ، وإذا حَلَّ الأَجل والمسلم غائب ، نَظَرت ، فإن كان المحل المسلم فيه له مؤنة كان له أَن يفسخ ، وأَن يَلحقه برأْس المال حيث كان ويطالبه ، وإن لم يكن لنقله مؤنة لم يفسخ ؛ لأَن ما لا مُؤْنَة فى نقله حكمه حكم رأْس المال إذا كان نقداً ، فإن طالبه فى غير بلده وسلمه إليه ، فكما لو سَلَّم رأْس المال لا مؤْنة عليه فى حمله ، وهذ اخيار مستمر أَبداً مادام منقطعاً ، حتى لو أَجاز ورضى بالمهلة ، ثم بدا له أَن يفسخ مُكِّن ؛ لأَن الاستحقاق للتسليم يتجدد كلّ وقت ، والإسقاط إنما يؤثر فى حق الحال ، لا المستقبل ، كما فى امرأَة المولى والمشترى إذا أَبق العبد .

وقـوله : (ومَعلومَ[2] قَدْرٍ بوزْنٍ ، وبه أَو كَيْلٍ ، لا بهما فى صغير كلؤلؤ وجوز ، لا بَيْضٍ وقُبِضَ بما قُدِرَ) .

---

(١) فوق حد البعد فى التيمم وتقدم بيانه فيه / م .

(٢) الشرط الرابع من شروط صحة السلم أن يكون المسلم فيه معلوماً ، فى القدر ، كيلا فى الكيل ، ووزنا فى الموزون ، وعدا فى المعدود ، وذرعاً فى المزروع ، وهكذا ؛ لأن السلم مبنى على الغرر فاشترط فيه العلم بالمسلم فيه بالصفات التى تضبطه وتوضحه / م .

أى : ويشترط العلم بمقدار المسلم فيه ، للحديث[1] « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » والتقدير كيل ووزن وعد وزرع ، فالكيل كاف فى كل صغير الجرم كالجوز ونحوه سواء كان مما يعتاد كيله أو لا ، كما أن الوزن فيما يعتاد كيله وفى غيره مما كبر جرمه ، وجزم الرافعى أن إمام الحرمين حمل إطلاق الأصحاب تجويز التقدير بالكيل فيما يُوزن مخصوصاً بما ينضبط ، لا فى نَحْو فُتَابَ المسك والعنبر ، قال فى المهمات ، بعد أن ذكر نَقْل الرافعى : ليس فيه تصريح بأن الأمر كما قاله الإمام[2] على ما أطلقه الأصحاب ، والأمر كما أطلقوه ، كل صرح به الرافعى بعد ذلك انتهى ، يعنى أن الرافعى صرح بجوازه فى اللآلئ الصغار ، وأما البيض ونحوه مما يتجافى فى الكيل ، كالرمان والباذنجان فتقديره بالوزن ، والتقدير بالوزن شامل لما صَغُر وكبر ، فيسلم فى قصب السكر وزناً ، بعد قطع أصوله وأطرافه ، ولا يجوز أنْ يسلم بالكيل والوزن معاً ؛ لأنه يؤدى إلى الغرة ، وإذا أسلم بالكيل ، لم يقبض بالوزن وكذا عكسه .

وقــوله : (وبِعَدٍّ مع زَرْعٍ ، فى نحو ثَوْبٍ وَلَبنٍ) .

---

(١) مروى فى الصحيح عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، وفى البخارى «من أسلف فى شىء» الحديث ص ٣٩ جـ ٣ بلوغ المرام .

(٢) الإمام على : على بن محمد بن على الإمام شمس الإسلام أبو الحسن الجوينى الكيا الهراس الملقب عماد الدين ، أحد فحول العلماء ورءوس الأئمة فقهاً وأصولا وجدلا وحفظاً لمتون أحاديث الأحكام ، ولد خامس القعدة سنة ٤٠٥هـ وتفقه على إمام الحرمين . وهو أجل تلامذته بعد الغزالى ، وحدث عن إمام الحرمين وأبى على الحسن بن الصفار ، ومن مصنفاته « شفاء المسترشدين » و « ونقد مفردات الإمام أحمد» و«فى » أصول الفقه » ، ج ٤ / ٢٨١ طبقات الشافعية .

أَى : ويشترط فى الثياب العَدُّ مع الزرع ؛ لأَنَّها تنسج بالاختيار ، وفى اللبن العَدُّ مع قياس العرض والطول والسُّمْكِ ، وهذا فى معنى الزرع ، ولا يخفى أَنَّ ما لا يكال ولا يوزن ولا يصبغ بالاختيار يكفى فيه العدُّ وحده كالحيوان ، وأَما المائعات فيكفى فيها الكيل والوزن ، وقوله فى الحاوى : معلوم القدر بالوزن ، إلى قوله كالجوز ، إن استوت قشوره : فيه أُمور :

أَحدها : أنه جعل ما لا يعتاد كيله لا يقدر إلا بالوزن ، وهذا مناقض لما ذكره آخِراً من أَن صغير الجرم يقدر بالكيل والوزن ، وإن كان مما يوزن أَو يكال ، وإنما أَراد أَنه يستثنى ما نقله الرافعى ، أَن الإمام[1] استثنى من إطلاق الأَصحاب من أَن ما يعد الكيل فيه ضابط كفتات المسك والعنبر لو أَسلم فيه كيلا لم يصح ؛ لأَن للقدر اليسير منه مالية ، وهو لم يقل ما لا يعتاد كيله ، ثم إن الرافعى ذكر بعد ذلك أَن اللآلئ الصغار يجوز السلم فيه ، كيلا ووزنا ، فقال النووى : قد اختار هنا ، ما أَطلقه الأَصحاب ، وقرر ونقله الأَذرعى أَيضاً عن نص الشافعى ، وكلامه فى الحاوى مخالف لما قاله الإمام ، ولما أَطلقه الأَصحاب .

الثانى : أَنه اشترط العد والوزن فى اللَّبِن ، وكذا نقله الرافعى فى العزيز ، وهو طريقة الخرسانيين ، ونقل النووى فى الروضة

---

(١) وفى ح « معلوم القدر بالوزن فى كبير الجرم كالبيض ، ومالا يعتاد كيله مع العد فى اللبن ، وبه أو الكيل ولايغير فى القبض لابها فى صغيره كالجوز إن استوت قشوره » .

عن العراقيين أو معظمهم عدم اشتراط الوزن ، وأن المنصوص عن الشافعى رحمه الله تعالى فى الأُم ، الوزن فيه مستحب ، قال ولو تركه فلا بأس لكن يشترط أنْ يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف انتهى . وقال فى المهمات : وكذا نص عليه الشافعى فى البويطى فقال : ولا بأس فى السلم فى الطوب والحجارة ، إن ضبط طوله وعرضه والوزن ، هذا لفظه بحروفه انتهى . وهذا الذى ينبغى الفُتْيَا به ، فإن فى اشتراط وزنه مشقة وحرجا .

الثالث : قوله كالجوز إن استوت قشوره ، أراد أن الجوز إذا اختلفت قشوره ، لا يجوز السلم فيه ، لكن الأسنوى نقل عن النووى فى شرح[1] الوسيط أنه صرح بأن اشتراط استواء القشور هو أمر استدركه الإمام ، والمشهور فى المذهب هو الذى أطلقه الأصحاب ، يعنى من عدم اشتراطه ، فقال : وجزم الرافعى فى العزيز والمحرر بالتقييد ، وتبعه النووى فى الروضة والمنهاج[2] ، وقال : والصواب التمسك بما قاله النووى فى شرح الوسيط ؛ لأنه متتبع لا مختصر ، ونقل الأذرعى عن التنقيح[3] ، أن هذا التفصيل لإمام الحرمين[4]

---

(١) شرح الوسيط المسمى (بالمحيط) .

(٢) المنهاج للنووى اختصره من المحرر للرافعى . والروضة للإمام ، النووى ، اختصر من « فتح العزيز للرافعى .

(٣) التنقيح للشيخ جمال الدين محمد بن الحسين الإسنوى المتوفى سنة ٧٧٧ هـ قال : إن تصحيح التنبيه للنووى قد أهمل فى كثير ، فحينئذ حررت المهملات وجمعتها فى تأليف سميته « بالتنقيح » ج١/٢٢٥ كشف الظنون .

(٤) إمام الحرمين . أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن عبد الله بن حيويه الجوينى ولد الشيخ أبى محمد الجوينى وهو صاحب « النهاية » ، وتصانيف كثيرة كالشامل والبرهان ، والإرشاد وغيرها ، وتوفى سنة ٤٧٨ هـ ج ٣/٢٤٩ طبقات الشافعية .

والمشهور الذى أَطلقه الأَصحاب ونص عليه الشافعى جواز السَّلَم فى الجوز واللوز مطلقا .

وقـوله :(ولَنَا مكْيَالٌ عُيِّنَ ، فإن جُهِل فالعقد)

أَى : إذا أَسلم إليه فى عشرة بهذا المكيال ، فإن كان عياره معروفاً فلا أَثر لتعيينه ، ووجب عشرة بمكيال مثله ، فإن كان المكيال مجهولا لَغَا العقد ، بجهالته المتوقعة بتلفه .

وقـوله :(ومُطْلَقُه حَالٌّ ، فإن أَجَّلَ بمجهول ، كفى ربيع ، بطل ، لا إليه وأوله ، وحَلَّ بأَول جُزْء الأَول ، وصح بفصح النصارى ، إن عُلِم لأَيِّهمْ بَعْد) .

أَى : وإذا أَسْلَم وأَطلق ولم يذكر أَجلا ولا حلولا صح على الصحيح وكان حَالًّا كالبيع ، وإن أَجل إلى مجهول ، كإلى الحصاد ، أَو العطاء بطل ، وكذلك إذا قال محله فى شهر رمضان ، أَو ربيع ، أَو فى يوم الجمعة ؛ لأَنه جعله طرفاً ، فكأَنه قال : تحل فى جزء من أَجزائه ، وكذلك مجهول فيبطل ، بخلاف الطلاق يصح تعليقه بالمجاهيل ، فجاز تعليقه بالعام ووقع بأَول جزء منه لوجود صفة ، فإن أَجل إلى ربيع صح ، وحَلَّ بأَول جزء من أَوَّل ليلةٍ من ربيع الأَول ، فإنْ أَجَّل إلى أَوَّل رمضان ، أَو أَول آخره صح ، وحل بأَوَّل جزء من كل نصف ، كما قال فى العزيز ، والروضة عن البغوى

والإمام ونقل عن الأصحاب ، أن أول شهر مثل قوله فيه ، لكن قال الرافعى فى الشرح الصغير : إن ما قاله البغوى : والإمام أقوى ، واستغرب الأسنوى هذا النقل عن الأصحاب ، وقال : المنْصُوص فى البويطى ، وعن الشيخ أبى حامد والماوردى ما قاله البغوى والإمام ، وكذا الأذرعى نقل ما نقله الأسنوى وزاد ، فنقله عن نصه فى الأُم ، وعن القاضى حسين ، والفورانى[1] ، فالذى قطع به صاحب الحاوى إذْ هو الأصح ، وإذا أَجَّل بفُصْح النصَارى وهو عيدهم الذى يأكلون فيه بعد إمساكهم ، فإن كانا يعرفانه صح ، وإلا كفى معرفة غيرهم من المسلمين ، ولو عدلَيْن ، فإن جهله المسلمون فلا أثر لأخبار كفار بعد العقد ، وقوله فى الحاوى[2] : وإن علم لا بهم ، إن أراد إن جهلا حالة العقد ، فإن أخبرهما الكفار فمستقيم ، وإن أراد : إن علما ومُسْتند علمهم الكفار فهو مشكل؛ لأنهما إذا علما قبل العقد أن الكفار يُقيِّدُون فى اليوم الفلانى بإخبارهم فقد علمنا ما أجلا إليه فلا شك فى صحته ، وقد عُلِم بهم .

وقــوله : (والأشهر أهلة وتم منكسر ثلاثين) .

أى : وإذا أَجَّلاَ بالأشهر ، حُمِل على الأهِلّة ، ولا تتعين

---

(١) الفورانى : هو عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن فوران الفورانى (بضم الفاء) الإمام الكبير أبو القاسم المروزى صاحب « الإبانة » و « العمدة » وغيرها من التصانيف ، من أهل مرو وكان إماما حافظاً للمذهب ، من كبار تلاميذه أبو بكر القفال وأبو بكر المسعودى ، روى عنه البغوى صاحب التهذيب وعنه أخذ صاحب التتمة وغيره من كبار الفقهاء وعليه تفقه الكثيرون ، وكان شيخ أهل مرو ، علم من أعلام المذهب وحمل عنه العلم جبال راسيات وتوفى سنة ٤٦١ هـ ج ٣ / ٢٢٥ طبقات الشافعية .

(٢) وفى ج « والأجل كالنيروز والمهرجان وفصح النصارى إن علم لايهم وإلى ربيع وأوله لافيه حل بأول جزء الأول » .

الشهور الشمسية ولا العددية ، إلا بالتعبير ، نعم إن إنكسر شهر كُمِّل ثلاثين ، فإن أَجل ثلاثة أَشهر ، ونقص لحظة ، من أَول الأَول ، اعتبر هلاليان بَعْده ، وكمل الأَول ثلاثين من الشهر الرابع وإن كان ناقصاً - وإن كانت اللحظة قبل الهلالى - كفت الأَهلة ، وقيل يكون منكسراً ، وليس بشيء .

وقوله : (وصفاتٍ[1] يغلب قَصْدُها بذكر جنس ، ونَوْعٍ ولَوْنٍ متلونٍ مع ذكورة ، وأُنوثة ، فى حَيوانٍ ، وسنٍّ فيه تقريبا ، أَو صغر جُثَّة ، وكبرها ، فى طَيْر ، وقَدٍّ ، وبكارة أَو ثيوبة فى رقيقٍ ، لا نحو كحل ودعج ، وملاحة) .

أَى : ويشترط فى المسلم فيه ، أَن يكون معلوم الصفات التى تقصد ويَخْتلف بها الغرض غالباً ، فمنها الجنس كالثمرة ، والبر والإبل ، والنوع كالصيحانى من التمر ، والوسنى من البر ، والمهرِّية من الإبل ، وقدْ يستغنى بنوع إذا اشتهر عن الجنس ، كالضأْن والمعز يستغنى بهما عن جنسهما وهو الغنم ، ومنها اللون فيما يتلون فإن كان الجنس لا يتغير لونه ، كالزنج ، لم يحتج إلى ذكر السواد ؛ لأَن كلهم سود ، ومنها السن ، أَما فى الطير فيكفى صغر الجثة وكبرها ؛ إذِ السن لا يكاد يعرف فيه ، فإن عرف وصف بها ، وفى غيره من الحيوان يعرف ، فيشترط فيه ذكر السن ، ويشترط ذكر الذكورة أَو الأُنوثة ، فيقول مثلا : أَسلمت إليك

---

(١) هذا هو الشرط الخامس من شروط السلم فلا بد أن يكون المسلف فيه معلوماً بهذه الصفات التى حددها الشارح /م .

فى أَمةٍ بكرٍ حبشية سَحْرَتية سمراء اللون طويلة القامة ، بنت عشر سنين ونحوها تقريباً لا تحديداً فإنه مبطل ، وقال ابن النحوى فى تحرير الحاوى : وقوله وصفات فيها غرض ظاهر يشترط ذكرها فى العقد على وجه لا يؤدّى إلى عزة الوجود ، ثم قال ولقد أَحسن صاحب البهجة[1] حيث قال : أَغْراضهم فيْها اختلافٌ ظاهر ، قلت بوجه لم يدعه نادراً ، ومقتضى كلامهما أَن كل غرض ظاهر يشترط ذكره ما لم يؤد إلى عزة الوجود ، وليس كذلك ، بل المشروط ذكر صفات تُقْصد ويَخْتلف بها الْغَرض غَالباً ، ولا يشترط فى العبد كونه قويا أَو ضعيفا ، ولا كاتبا أَو أُمياً ، وكذلك الدعج والكحل والملاحة ، وكل ذلك لا يشترط ذكره ، ولا يجوز أَن يشترط ذكره ، ويجوز أَن يشترط منه مالا يؤدى إلى عزة الوجود ، فلو أَتيا به فى معرض الجواز لا الشرط كان صواباً ، أَو لو قال : يغلب قصدها بوجه لا يؤدى إلى العزة ، وذلك أَن اللوْن والحجم والشكل والوزن لابد من قَصْدِها والتعرض لها ، لكن التعرض فى الجواهر واللآلئ الكبار يؤدى إلى عزة الوجود فيها ، فيمتنع السلم فيها ، وقوله فى الحاوى : مع الصغر أَو الكبر جثة ، فى الطير ، واللون والذكورة والأُنوثة ، والسن فى الحيوان ، والقَدِّ فى الرقيق : فيه أَمران :

---

(١) البهجة : بهجة الحاوى شرح لحاوى (أصل الإرشاد) للقاضى زين الدين زكريا بن محمد الإنصارى المتوفى سنة ٩١٠ ﻫ شرح الحاوى الصغير ، وسماه « بهجة الحاوى » وهو غير البهجة الوردية فإنها نظم لحاوى أيضاً نظمها زين الدين عمربن مظفر الوردى الشافعى المتوفى سنة ٧٤٩ ﻫ وهى خمسة آلاف بيت ، ج ٣١٩/١ كشف الظنون .

أحدهما : أن الصواب ذكر اللون مع الجنس والنوع ؛ لأنه شامل لهما ، وتأخيره بعد الطير يوهم اختصاصه بالحيوان .

الثانى : اقتصر على زيادة الْقَدِّ فى الرقيق ، والأصح أنه يشترط ذكر البكارة والثيوبة فى الإناث أيضاً .

وقوله : (وأنه خِصِىٌّ مَعْلوفٌ ، رضيع أو ضدها ، من فَخْذٍ أو جَنْبٍ أو كَتِفٍ فى اللحم ، ويُؤْخذ عظم معتاد) .

أى : وإذا أَسْلَم فى اللحم ، وجب ذكر الجنس والنوع والذكورة والأُنوثة ، وأن الذكر خِصِىٌّ أو غير خصى ، ويذكر السن فيقول : جذع أو ثنى ، ويذكر أنه معلوف ، أو غير معلوف ، ويُبَيِّن فى الصغير أنه رضيع أو فطيم ، ولا يشترط ذلك السِّمَنِ والهزال على الأصح ، ويجوز اشتراط أحدهما ، وقال الغزالى : يجوز شرط الهزال ؛ لأنه عَيْبٌ غير منضبط ، قال صاحب الجوهرة : والذى قاله العراقيون أنه يصح ، بل قالوا : من شرط السلم فى اللحم أن يبين كونه سَمِيناً أو هزيلا ، ونَقَلُوا عن الشافعى رحمه الله تعالى ، أنه لا يجوِّز اشتراط العجف ؛ لأن العجف هُزَال عن علة ، وقال القونوى : ولا يعتبر ذكر السمن والهزال ، وصوابه لا يشترط ؛ لأن شرطه لا يلغو ، وإذا أطلق السلم فى اللحم لزمه أن يأخذ العظم المعتاد أخذه ، فإن شرط نزعه لزم .

وقوله : (وطولٍ وعَرْضٍ ودقةٍ ، ونُعُومةٍ وصَفَاقَةٍ ، أو ضِدِّهَا ، وبَلَد قُصِدَ فى ثَوْب) .

أى : ويشترط فى الثوب ، أن يذكر الجنس والنوع والطول والعرض والدقة ، والغلظ والنعومة والخشونة ، والصفاقة والرقة ، ويشترط ذكر البلد الذى نسج فيه ، إذا كان الْغَرَض يختلف باختلافه ، وقد أهمل فى الحاوى ذكر البلد ، ولابد من ذكره إن اختلف الغرض باختلافه ، كما ذكره فى العزيز والروضة .

وقوله[1] : [(ووجب خام ، وبشرط مقصور)

أى : إذا أطلق السلم فى الثوب ، ولم يشترط كونه مقصوراً ، لزمه خاما ، لا مقصوراً ، وإن شرط كونه مقصوراً جاز ، ولزمه ، لا كونه ملبوساً لعدم الإنضباط] .

وقوله : (بِلُغَةٍ عَرَفَاها وعَدْلانِ) .

أى : يشترط أن يكون السلم بلغة يعرفها المتعاقدان ، ويشترط أن يعرفها أيضاً عدلان معهما ، وإن لم يحضرا العقد ، وقوله فى الحاوى : يعرفانها وغيرهما ، إن أراد واحداً فليس بكاف أو الاستفاضة فليست شرطاً على الصحيح ، أو عدلَيْن ، فهو الصحيح ، لكن لا صريح به ، وقد سبق فى الأجل بِفُصْح النصارى أن علمهما به كاف ، أو علم عدلين ، والفرق أن الجهالة ، هناك عائدة إلى الأجل ، وهنا إلى المعقود عليه ، قال الرافعى والنووى : فجاز أن يحتمل هناك ، ما لا يحتمل هنا .

---

(١) هذه الفقرة (وقوله ووجب خام . . . . إلى الانضباط) بهامش (أ) وفى موضعها من (ب) .

وقـوله : (وصحته فى كل منضبط ، وإن اختلط ، كَعتَّابِىٍّ وخَزٍّ وشَهْدٍ وجبن وأَقط وخَلٍّ تمر ، وزَبيبٍ ، لا مَخِيضٍ ، به ماء ، ورءُوس حيوان وأكارع) .

أى : لا يصح فيما لا ينضبط بالوصف وإن خالطه شئ آخر ،نظرت ، فإن كان خِلْقِياً كالشهد ، فهو معروف كالمنضبط ، وشَبَّهُوه بالتمر فيه النوى ، وإن كان صناعياً ، نظرت ، فإن لم يقصد من الاخْتلاط ، إلا واحداً كالجبن ، وفيه الإنفحة ، والأَقط وفيه قليل دقيق وملح ، جاز السلم فيه ، وإن قصدت ، ولكنها تنضبط كالعتَّابىّ : المركب من القطن والإبريسم ، والخز : المركب من الوبر والإبْريسم ، جاز السلم أيضاً ، وإن تعذر ضبطها ، كالمعجونات[1] والغالية ، والترياق والهريسة ، ومعظم المرق والحلوات ، والخفاف والنعال ، لم يجز السلم فيها ؛ لاشتمالها على الظهارة والبطانة ، وكالنبال بعد التخريط والقِسِىّ ، ويجوز فى خل الزبيب والتمر ، وإن كان الماء فيه مقصوداً غير منضبط إلا أنه قِوامُه ومصلحته فيه ، بخلاف المخيض فإن الماء ليسْ من مصلحته وقوامه ، وأما رءُوس الحيوان فلا يجوز السلم فيها ، وإن كانت نيئة منقاة من الشعر ؛ لاشتمالها على أَبعاض مختلفة كالمناخِر والمشافِر والأَلسنة فيتعذر ضبطها ، ولا يقال الحيوان مشتمل على هذه فهلا امتنع السلم فيه ؟ لأَن المقصود من الحيوان جملته من غير تحديد

---

(١) المخلوط من أشياء مختلفة غير معروفة المقدار ، والغالية : مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور كذا فى الروضة وأصلها . والتّرياق ، قيل : وزن فعيال بكسر الفاء وهو رومى معرب ويجوز إبدال التاء طاء ودالا ، وقيل : مأخوذ من زائدة ووزنه تفعال ؛ لما فيه من ريق الحيات، وهذا يقتضى أن يكون عربياً ، المصباح . والهريسة جملة من الحبوب تهرس الريق والتاء وتدق ناعماً وتخلط بمقادير غير معلومة . وقيل هى البالوظة ، وقيل نوع منها / م .

النظر إلى الأَعضاء ، بخلاف العضو الواحد إذا أُفْرِد ، فإنه يصير هو المقصود ، فيشترط فيه الضبط ، والأَكارع كالروءوس عند الجمهور .

وقـوله :(ولا عَزيز وجُودٍ كلآلئ كبارٍ ، وأَمةٍ وولدِها)

إما لعزة وجوده ، كالصيد فى موضع يندر فيه ، وإما لعزة إجتماعة وصفاته المقصودة ، كاليواقيت واللآلىء الكبار ؛ إذ لابد من التعرض للحجم والشكل والصفاء والوزن واجتماع ذلك نادر ، ويجوز السلم فى اللآلىء الصغار كيلا ووزناً وهو ما يقصد للتداوى ، وضبط الشيخ أَبو حامد ما يجوز فيه السلم منها ، بما وَزْنُ الواحد منه سدس دينار ، وإن كان يقصد للتزيين ، قال الرافعى : وذلك تقريب ، ولا يجوز فى جارية وولدها ؛ لأَن اجتماع صفاتها مع الولد نادر ، فكذلك جارية وأُختها ونحوه ، واستشكله الرافعى ؛ لأَن النص على جواز شرط كون العبد كاتباً والجارية ماشطة وذلك قد يندر مع اجتماع الصفات المشروطة ، قلت : والفرق ظاهر ، فإن المقصود من الكاتب ما يقع عليه اسم كتابة ، وليس كذلك ؛ لأَنه يشترط أَن يوصف بصفات السَّلَم كما توصف أَمَةٌ ، واجتماع صفات كل منهما على ما يوجبه العقد أَشد ندرة ، ولو أَسلم فى حامل لم يصح على المذهب ، فكذا فى لَبُون على الأَظهر .

وقـوله : (وَشُرِطَ تَعْيينُ مكانِ أَداءٍ مُؤَجلٍ له مُؤْنَةٌ ، أَو لم يصلح له مكان عقد) .

أَى إذا أَسلم إليه فى مؤجل فى موضع يصلح للتسليم ، فإن كان فى خفيف لا مؤنة فى حمله كالدراهم والدنانير لم يشترط تعيين مكان الأَداءِ ، بل له مطالبته فى أى بلد وجده ، وإن كان لحمله مؤنة اشترط التعيين ، وإن كان المسلم فيه مؤجلا والموضع لا يصلح للتسليم وجب بيان موضع التسليم مطلقاً ،سواءٌ كان له مُؤْنة أَم لا ، وإن أَسلم إليه حالاً ، لم يشترط بيان موضع كالبيع ، فإن قيل : لم اشترط فى المؤجل بيان موضع التسليم ، فيما لا مؤنة فى حَمْلِه وهو له أَن يطالبه فى أَى بلد شاء ؟ قلنا : لا ، لكنه لا يجوز أَن يطالبه فى موضع لا يصلح للتسليم ، ولهذا لا يشترط بيان موضع التسليم ؛ لئلا يلزم منه جواز طلبه حيث عقد ، وقبوله إن سلم حيث قلنا لا يشترط بيان موضع التسليم ، ولو عين للقبض موضعاً لزم ، سواءٌ كان السلم حالا أَو مؤجلا بخلاف البيع ، والفرق أَن السَّلَم موضُوعٌ على التأجيل فَقُيِّدَ شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، بخلاف البيع ،

وقوله : (وجاز شرط أَرْدَأَ ، لا بعيب ، وجَيِّد لا أَجْوَد ، ورديءٌ ووجب أَجود لا أَردأُ)(١)

أَى يجوز أَن يشترط الجيد ، ولا يجب على الأَصح ، وينزل على أَقل درجات الجودة كما يفعل فى سائر الصفات ، وإن شرط الأَرْدَأَ جاز ، وإن أَتى بجيد من نوعه جاز ، أَو برديء لم يَجُزْ أَن يطالبه بأَردأَ منه ؛ لأَن ذلك عناد ، وإن شرط الرديء بالعيب لم يجز لعدم

---

(١) هذا هو الشرط السادس من شروط السلم ، أن يعين مكان التسليم ؛ لما فى ذلك من مؤنة وتكلف فى غالب الأحوال ، إذ أنه إذا كان المسلم فيه حالا لم يشترط بيان موضع التسليم ؛ إذ لاحاجة إلى ذلك ، مالم يعين موضعاً للتسليم ، فلو عين موضعاً له لزمه سواء كان حالا أو مؤجلا / هـ .

انضباطه ، وفصل فى الروضة بين رداءة النوع والعيب والصفة ، فقال إذَا أَسلم فى ردىء النوع جاز ، وإن كان ردئ عيب أَو صفة لم يجز ، وهذا كلام مشكل ، فإن النوع لابد من ذكره مع الجنس ، فمن قال مثلا : أَسلمت إليك فى ذرة حمراء فهو غير ذاكر للردئ ، وإنْ كانت من ردىء أَنواع الذره ، وَيُبْعِدُ الخلاف فى صحة السَّلم فيها ، وإذا قال : أَسلمت إليك فى ذرة حمراء ذرية خبيثة أَو معيبة ، فهو الذى لا يَنْضَبِط ، والردئُ يقع على ما تعيب كالمسَوَّسِ أَو قطع محظوراً[1] قَبْلَ نُضْجِه ، قال القونوى : وفَصَّل كثيرون ، فقالوا : شرط رداءة النوع كالحشف من التمر يجوز لانضباطه ، ولا يخفى أَن الحَشف لا يختص بنوع من التمر بل ما قطع من سائر أَنواعه قبل نضجه صار حَشَفا ، وذلك لا ينضبط ، وإن كان فى التمر نوع يسمى الحشف فهو كالذرة الحمراءُ ، ثم إذا جاءهُ بأَجود مما شُرط ، نظرت ، فإن كان من نوعه وجب قبوله ، وإن كان من غير نوعه كالبَرّانى[2] عن الْمُعْقَلى لم يجز قبوله على الأَصح ، وإن جاءه بأَردَأَ مما شرط وهو من نوعه جاز قبوله ، ولم يجب .

وقوله : ولا بغير مَحِلٍ [وَمَحَل][2] وثَمَّ غَرَضٌ ولا أَداءِ ثَقِيل ، ببلد آخر) .

أَى : لا يجب قبول المؤجل ولا المسلم فيه فى غير محِله وهو زمان الأَداءِ ، ولا فى غير مَحَلِّه – بفتح الحاءِ – وهو مكان الأَداءِ ، فَإِن

---

(١) أى بين السلامة والتلف كما مثل له بالقطع قبل النضج /م .
(٢) والبرانى والمعقلى نوعان من التمر /م .

أداه قبل الحلول ، وللمسلم غرض فى الامتناع ، كما إذا كان زمن نهب أَو كان المسلم فيه حيوانا يُعْلف أَو طعاما يقصد أَكله طرياً عند المحَل ، أَو يحتاج إلى مؤنة فى حفظه فله الامتناع من قبوله ، وإنْ لم يكن له غرض مقصود أُجبر على القبول سواءٌ كان للمؤدى رهن أَو أَراد براءة ذمته ، وكذا إذا أَتى به فى غير مَحَلِّ التسليم ، إن كان له غرض فى الامتناع بأَن كان لنقله مؤنة وطالبه أَو الموضع مخوفاً ونحوه لم يجبر ، وإن لم يكن له غرض أَجبر كما فى الْمَحِل - بكسر الحاءِ - ولا يجب على المسلم إليه الأَداءِ قبل الحلول وإنما لم يذكر هذه المسأَلة فى الإرشاد ، وإن كانت مذكورة فى الحاوى لأَنها أَظهر من أَن تذكر ، وكذلك لا يجب فى غير مكانه حيث له غرض ، فإن طولب به فى المحل فى غير مكان التسليم فإن كان لنقله مؤنة ، وطالبه بها أَو كانت قيمته حيث طولب أَكثر لم يجبر ، لظهور غرضه فى الامتناع ، ولا يطالب بالقيمة للحيلولة لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض ، ولكن ليس له الفسخ ، وإنْ لم يكن له مؤنة ، ولم تزد القيمة أُجبر .

(١) لفظ (ومحل) بهامش (أ) وفى مكانه من (ب) .

القرض

وقـوله : (فصل[1] : إنما يُقرِضُ مَا يُسْلَمُ فيه وخُبز ، لا أَمة تحل لمقترض) .

أَى : شرع فى باب القرض[2] وأَدخله فى باب السلم ؛ لأَن كلا منهما إِثبات مال فى الذمة بمبذول فى الحال ولأَنه لا يجوز إلا فيما جاز السلم فيه إلا فيما استثنى لأَن كلا منهما يسمى سلفا وصرح بأَنه لا يجوز أَن يقرض إلا ما يجوز السلم فيه وأَنه يجوز القرض فى الخبز على الأَصح وإن كان لا يسلم فيه ، على الصحيح ، واستثنى مما يجوز فيه السلم الجارية التى يحل للمقترض وطؤها فالعلة أَنا قد جوزنا للمقرض الرجوع فيها فربما رجع وقد وطئها المقترض ، فيكون كإِعارة الجارية للوطءِ ، وفهم منه ، أَنه يجوز قرضها من المحارم والنساءِ ومن المسلم إذا كانت مجوسية وقوله فى الحاوى : وجاز قرض ما جاز سلمه فقط فيه أَمران :

---

(١) فى القرض وجمع مع السلم لأن كلا يسمى سلفاً ، وهو بفتح القاف أشهر من كسرها ، أما اسم مفعول أو مصدر كالإقراض : وهو تمليك شيء يرد بدله ، وأصله القربة ، وفى حديث أنه أفضل من الصدقة ، وفى آخر عكسه ، وجمعت بينها فى الأصل ، وقد يحرم إن غلب على ظنه صرف المقترض لما يأخذه فى الحرام ، ويجوز لمضطر مطلقا وكذا على غيره إن غلب على ظنه وفاؤه من جهة له ظاهرة أو علم المقرض بحاله ، وأركانه : عاقدان وشرطهما رشد واختيار ويزيد المقرض بكونه أهلا للتبرع ، فيمتنع على ولى قرض مال موليه لغير ضرورة ، إلا للقاضى ، لكثرة اشتغاله ، لكن إنما يقرض أميناً موسراً لاشبهة فى ماله حيث كان مال المولى خالياً عنها كما يأتى فى الرهن ، وله إقراض مال المفلس أيضاً إذا رضى الغرماء بتأخير القسمة ليجتمع المال ، ومثله فيما ذكر الإمام فى مال بيت المال ، والتعبير بأهل التبرع لإخراج الولى أولى منه بمطلق التصرف ، فى مال محجوره غير أنه لايتبرع به ، ومعقود عليه وصيغة وقد أخذ فى بيانها فقال /ف

(٢) ودليل الندب حديث « من نفس عن مسلم كربة إلى آخره» ص ١٣٤ حـ ٤ بلوغ المرام وقال ابن عمر الصدقة يكتب أجرها حين تصدق بها ، والقرض يكتب أجره مادام عند المقرض ، وقد ورد «أنه صلى الله عليه وسلم رأى ليلة المعراج على باب الجنة مكتوباً أن درهم الصدقة بعشرة ودرهم القرض بثمانية عشر» وزيادة الثواب دليل على الفضل ولذلك علله جبريل لما سأله النبى صلى الله عليه وسلم عن زيادة ثوابه بأن لا يقع إلا فى يد محتاج ، حاشية المنهاج /م .

أحدهما : أنِ ما جاز سلمه وهو غير ما يجوز السلم فيه ، فإن الذى يجوز سلمه هو رأْس المال ، وليس كل ما جاز سلمه جاز إقراضه ، بل يجوز إسْلَامُ اللآلىءِ الكبار والصُّبرة من الطعام غير مكيلة وجعلها رأْس مال ، ولا يجوز إقراضها ولكن ما جاز السلم فيه جاز إقراضه ، وهو مراد الشيخ .

الثانى : قوله فقط مقتضاه ، أنه لا يجوز إقراض الخبز والذى نقله ، فى الروضة عن صاحب الشامل والتتمة والمستظهرى[1] جواز إقراضه ، واحتجوا بإجماع أَهل الأَمْصَارِ على فعله ، فى جميع الأَعصار .

وقوله : (بإيجابٍ[2] كأَقْرَضْتُكَ أَسْلَفْتُكَ خذه بمثله ، مَلَّكْتُكَهُ على أَن تَرُدَّ بَدَلَه ، وقبولٍ) .

أَى إنما يقرض بإيجاب وقبول ، موافق فى المعنى ، كما فى سائر العقود ، فإذا ملكه ثم اختلفا فى ذكر البدل ، فالقول قول القابض .

وقوله : (وَمُلِكَ بِقَبْض ، وَجَازَ رَدٌّ ، وَاسْتِرْدَادٌ) .

---

(١) المستظهرى : الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن أحمد بن القفال الشاشى الشافعى المعروف بالمستظهرى المتوفى سنة ٥٠٧ سبع وخمسمائة وهو صاحب حلية العلماء فى مذاهب الفقهاء » وهو كتاب كبير صنعه للخليفة المستظهر بالله العباسى . ووافق مافعله وعدل عن المجمع عليه ولذلك يلقب بالمستظهرى وذكر فى كل مسألة الاختلاف الواقع بين الأئمة ثم صنف المعتمد وهو كالشرح للحلية ح ١/٣٤٧ كشف الظنون .

(٢) يشير بذلك إلى الركن الرابع وهو الصيغة ولا بد منها من لفظ يشعر بالإيجاب والقبول وإشارة الأخرى المهتمة تقوم مقام اللفظ / ه .

أى : ويملك المستقرض بالقبض ، وقيل لا يملك إلا بالتصرف والصحيح الأَول لأَنه لو لم يملكه لما جاز التصرف فيه ، فإذا قلنا يملكه فله رَدُّه ؛ لأَنه لو تلف رَدَّ بدله ، فرده بعَيْنه أَولى ، وللمقرض أَيضاً استردادُه لما ذكرناه .

وقــوله :(ووجَبَ رَدُّ الْمِثْلِ ولو صُورَةً) .

أَى ومقتضى القرْض رَدُّ المثل حقيقة ، إن كان مثلياً ، وصورةً ، إن كان متقوماً[1] ، وهو أَحسن من قول الحاوى : ويجب رَدُّ المثل صورة لأَنه لا تصريح فيه ، بذكر القسمين معاً .

وقــوله :(وأَداؤُه كَمُسْلَم فيه حَلَّ صِفَةً ، وزمانًا ومكانًا ، نعم له فى غيبة قيمة ذى مؤنة ببلد القرض ، يوم طلب) .

أَى : أَداءُ القرض كأَداءِ المسلم فيه عند حلوله ، وحكمهما واحد فيما ذكرناه ، أَمّا فى الصفة فلا يجوز أَن يعطيه الردىءُ عن الجيد ونحو ذلك ، وأَما فى الزمان فللمقرض وللمسلم عند الحلول المطالبة بهما فى كل حال وعليهما قبوله فى كل حال ، سواءُ كان زمن نهب أَو غيره ، وأَما فى المكان فإن كان لنقلهما[2] مؤنة لم تجب المطالبة بهما فى غير البلد لكن له المطالبة فى القرْض بقيمة بلد القرض يوم المطالبة ، ولا يطالب المسلم إليه بذلك ، والفرق أَن القرض يجوز الاعتياض

---

(١) لحديث مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكراً ورد رباعياً وقال : ان خياركم أحسنكم قضاء والبكر هو الثنى من الإبل ، كالغلام فى الآدمى . والرباعى مادخل فى السابعة ، والحديث ص ٤٢ - ٣ بلوغ المرام .

(٢) ضمير المثنى يعود على مال القراض والمسلم فيه .

عنه ، بخلاف المسلم فيه ، وأطلق فى الحاوى[1] وكذا فى العزيز والروضة استواءُ أَدائهما ، فى الصفة والزمان والمكان ، ولا يَخْفَى أن استواءهما زمانا مختص بما إذا حَلَّ دَيْن الْمُسْلِم ، وإلا فَهُمَا قَبْل حلوله متباينان فهذا يستحق المطالبة ، وهذا لا يستحق ، وكذلك لا يجب قبول المسلم فيه قبل الحلول وثم غَرَض والقَرْض يجب قبوله ، على كل حال ، فيجب حمل ذلك على ما ذكره .

وقوله : (وفَسَدَ بشرطٍ جَرَّ نفعَ مُقْرِضٍ ، كأَن يرهنه بدين آخر أَو بردِّه ببلد آخر ، أَو بعد شهر فيه خوفٌ ، وهو مَلِيٌّ ، وكذا رَدُّ أَكثر أَو أَجْود ، فإن عكس ، أَو شرط أَجلا ، أَو أَن يقرضه ثانياً ، ولا غرض صَحَّ وفسد الشرط) .

أَى ويفسد القرض إذا شرط فيه شرط جر منفعة إلى المقرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم «كل قرض جر نفع مقرض فهو رباً»[2] وهو محمول على ما إذا شرط فيه لأَنه يجوز أَن يرده بزيادة ، فإذا أَقرضه مائة مثلا وشرط عليه أَن يرهنه بمائة أُخرى ، أَو شرط أَن يرد إليه فى بلد أُخرى ليربح حمل الطريق وخطره ، أَو بعد شهر وكان له فى ذلك غرض بأَن كان زمن نهب ونحوه ، فإن القرض يفسد بذلك وقيد الرافعى والنووى فى الروضة فساد العقد بالقرض فى النهب ، بما إذا كان المستقرض مَليئاً وقد أَهمل هذا القيد فى الحاوى ولابد منه وكذا

---

(١) وفى ح « نعم لو ظفر بالمستقرض فى غير مكان الإقراض جاز مطالبته بقيمةبلد الإقراض يوم المطالبة إن كان لنقله مؤنة » .

(٢) هذا الحديث رواه الحارث بن أبى أسامة من حديث علىعليه السلام قالوا وفى إسناده سوار بن مصعب وهو متروك . وصححه إمام الحرمين والغزالى ، ورواه البيهق فى السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبى بن كعب وعبد الله بن سلام ص ٤٢ ـ ٣ بلوغ المرام .

إذا شرط رداً أكثر مما أقرضه أو أجود منه فسد القرض ، فإن عكس بأن شرط رَدَّ أقل مما أقرض أو أَرْدَأَ منه ، أو اشترط أجلا ، ولا غرض ، أو أن يقرضه قرضاً ثانياً ، ولا غرض صح وفسد الشرط فقط ، لأن النهى ورد عن شرط المقرض وهنا قصد نفع المقترض ، والعقد عقد ارتفاق فصح ، ولغا الشرط ، لأنه وعد لا يلزم ، والقرض المانع فى شرط الإقراض الثانى أن يكون زمن نهب ، ونحوه ، فلا يصح ذلك.

وقوله : (وجاز نَفعٌ بلا شَرْط ، وشرط رهْنٍ وكفِيل وإقْرَارٍ عِنْد حاكم) .

أى : ويجوز للمسْتَقْرِض أن يؤدى أكثر وأجود ، ويفعل كل ما ينفع المقرض ، إذا كان من غير شرط لقوله صلى الله عليه وسلم : « خيركم أحسنكم قضاء »[1] ولأن صلى الله عليه وسلم ، اقترض بعيراً وأدى عنه بعيرين »[2] ويجوز شرط الرهن والكفيل والإقْرار عند الحاكم ، لأن ذلك توثقة ، لا زيادة نفع للمقترض ، فإن قيل أى فائدة ، فى اشتراط الرهن فى القرض ، فإن الشرط فى البيع فائدة وهى أنه إذا امتنع كان له فسخ البيع ، وهناك الفسخ سواء شرط الرهن أم لا [قلنا الحياء والمروءة يمنعانه من الرجوع فى القرض بغير سبب ، فإن امتنع من الوفاء بالرهن ، كان معذوراً فى الرجوع غير ملوم ، وصون القرض غرض مقصود .

---

(١) فى رواية للبخارى عن جابر رضى الله تعالى عنه ، قال « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وكان لى عليه دين فقضانى وزادنى متفق عليه ، وثبت فى رواية للبخارى أيضاً أن الزيادة كانت قيراطاً ص ٢٣١ ـ ٥ نيل الأوطار ، ولذا قالوا تجوز الزيادة من غير شرط مسبق كما وقع فى هذا الحديث أما إذا شرط فى العقد فإن ذلك غير جائز وعقدالقراض فاسد ومنع المالكية الزيادة بالعدد وأجازوا الزيادة بالوصف كما فى البكر والرباعى المتقدمين فى حديث مسلم السابق / م .

(٢) الذى رواه مسلم عن أبى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم استلف من رجل بكراً فقدمت عليه أبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره الحديث ص ٤٢ ـ ٣ بلوغ المرام .

الرهن

وقوله : (باب[1] : صِحّةُ رَهْنٍ بإيجابٍ وقبولٍ ، أَو استيجابٍ من أَهْلِ بَيْع) .

أَى : لا يصح الرهن إلا بالإيجاب كقول الراهن رهنت هذا منك بكذا ، والقبول كقول المرتهن ارْتهنت أَو قبلته ، أَو الاستيجاب كقوله ارهن عبدك منى بكذا ويشترط التوافق فى المعنى والتواصل كما فى البيع ، ويجوز التعليق بالمشيئة واشترط فى الحاوى[2] لإيجاب الرهن أَهلية البيع وأَخر القبول عنه ، فاقتضى كعارية ، أَنه لا يشترط فيه أَهلية بالبيع ، فليس كذلك ، بل الإيجاب والقبول فيه ممن له أَهلية البيع ، شرط .

وقوله : (لاوَلىّ ، ومكاتَبٍ ، ومأْذُون ، إلا من أَمِينٍ آمِنٍ ، أَن اشترى مساوٍ ثمن ورَهْن ، أَو شرطه فى اشتراء عقار لنهب) .

أَى : وليس لولى سواء كان أَباً أَو جدًّا أَو وصِيًّا أَو قاضياً ، أَو قيما ، ولا المكاتب ولا المأْذون أَن يرهن إلا من أَمين ، فلا يجوز

---

(١) فى الرهن وهو لغة الثبوت وشرعاً . جعل عين ماليه وثيقة بدين يستوفى منه عند تعذر وفائه ، وأركانه أربعة ، صيغة ، وبدأ بها للاهتمام بها فقال /ف . وقال بعضهم الرهن لغة الثبوت أو الاحتباس ومنه قوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » وفى الشرع جعل المال وثيقة بدين ، دليله من الكتاب قوله تعالى فرهان مقبوضه ٢٨٣ سورة البقرة » وفى السنة ماروراه الشيخان « أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعاً عند يهودى على شعير لأهله » ص ٢٣٣ حـ ٥ نيل الأوطار ثم المقصود بالرهن بيع العين المرهونة عند الاستحقاق واستيفاء الحق منها ، ولهذا قال بعضهم « كل ماجاز بيعه جاز رهنه » ومقتضاه لايجوز رهن مالا يجوز بيعه ، كالموقوف وأم الولد ، وما أشبه ذلك /م .

(٢) وفى ح « الرهن بإيجاب من البيع وقبول أو استيجاب » .

أن يرهن له مع غير أمين ، لا يؤمن أن يتلفه أو يجحد ويشترط أن يكون المرهون منه آمنا لا يخاف عليه معه نهب ، ولا يجوز أن يرهنه مع الأمين الآمن إلا إذا اشترى شيئاً يساوى الثمن والمرهون مثل أن يشترى ما يساوى مائتين بمائة ، ورهن به شيئاً يساوى مائة لأنه إذا تلف الرهن ، فنى المشترى ما يجبره ، ويجبر الثمن فلو طلب رهناً يساوى أكثر لم يساعده ، ولو كان عقاراً يؤمن تلفه كذلك يجوز رهنه مع الأمين الآمن فى زمن نهب يخاف على الرهن معه ، ولا يخاف عليه مع المرتهن ، بشرط أن يرهنه الولىّ فى عقار اشتراه له شرط الرهن وإن كان بثمن المثل وقوله فى الحاوى : ورهن الولى والمكاتب والمأذون أن يساوى المشترى الثمن والمرهون ، أو لنهْب أو نفقة فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق الجواز لذلك .ولم يقيده ، بالأمين ، ولابد منه ، قال صاحب البهجة : ولم يجوزوا أن يرهنوا ممن على الإيداع لا يستأمن .

الثانى : أنه أطلق جواز رهنه للنهب وهو مقيد بما إذا كان المرتهن لا تمتد إليه يد النهب وإلا فلا يجوز كما ذكروا .

الثالث : أنه لم يذكر السبب الذى جوز الرهن به فى الخوف ، وذلك إذا اشترى له عقاراً واشترط عليه الرهن ، وأن يكون غير قادر على الثمن ، وهذا يغنى عنه قوله بعد ، إن ارتقب غلاء ،

وما بعده فإن معناه ، أنه لا يجوز إلا إذا عجز عن النقد وارتقب ما يأتى ذكره .

وقوله : (ومن غير مأذون لنفقة ، وإصلاح ضيعة ، وإبقاء حق ، إن ارتقب غلاء أو غلةً أو حلول دين)

أى : الآمن أمين أمن إن اشترى مساوى الثمن والرهن ، أو لنهب عقاراً ، أو نفقة فيجوز ذلك للولى ، أيًّا كان أو وصيا ونحوه أن يرهن فيما اشتراه بشرطه ، أو لنفقة الطفل ، وإصلاح ضياعه ، وإيفاء حقوق عليه ، إذا كان مرتقباً لغلة الطفل . من أرضه ونحوها ، أو مرتقباً لأن تغلو بضاعته ، وكان من إبقاء المرهون مصلحة ، وكذلك إذا كان يرتقب حلول دين الطفل ، فى كل هذه الأحوال يجوز له الرهن من الأمين الآمن ، والمكاتب فى هذا جميعه كالولى بخلاف المأذون » .

وقوله : (وارتهن وَلِىٌّ لطفل بما ورث ، وكل بدين تعذَّر ، وبما أقرض أو باع مؤجلا لنهب ووجب لبيع غِبْطَةٍ) .

ويجوز الإرتهان للمولى عليه بما ورثه من دين مؤجل ، ويجوز لكل من المولى والمكاتب والمأذون ارتهان بدين تعذر استيفاؤه فى الحال ، وكذلك يرتهن له إذا أقرض ماله أو باعه نسيئة لنهب أو حريق ، وقيل الأولى ألا يرتهن ، لأنه قد يتلف ، ويقع مع حاكم يرى سقوط الدين سلف الرهن ولا يجوز للولى أن يقرض مال المولى عليه ، ولا أن يبيعه ، إلا لخوف ، وأما بيع ماله لغبطة

فلا يجوز أَن لا يرتهن له وإلا بطل البيع ، وضمن الولى وهو معنى قوله فى الأَصل ، ووجب لبيع غبطة ، ويجوز للقاضى إقراض مال الطفل ونحوه لكثرة أَشغاله ، وللمكاتب والمأْذون حكم ولى الطفل ، وقد صرح به فى الأَصل ، وقد أَطلق فى الحاوى[1] ، أَنه يرتهن بدينه الموصوف ، وبما أَقرض أَو باع نسيئة لنهب أَو غبطة ، فسوى بين الإرتهان للنهب والبيمع للغبطة وليْسَا سواء ، فإن الإرتهان لنهب جائز ، والبيع لغبطة واجب ، وقد بين ذلك فى الإرشاد .

وقــوله[2] : (وصحة عقده فى عَينٍ)

أى : لا يصح عقد الرهن إلا فى عين ، فلا يصح فى دين ولو ممن عليه على الأَصح ، لأَن الراهن لا يقدر على تسليمه إلى المرتهن ، ولايجوز رهن المنافع ، لأَنها تتلف أَولا بأَول ، ولا يصح رهن الشائع . كبيعه ولأَن قبضه ممكن ، فلو رهن نصيبه ، من بيت معين ، من جملة دار مشتركة ، فوجهان الأَصح الجواز فإن خرج بالقسمة غرم قيمته وجعلت رهنا ، وقيل يكون كالتالف بآفة سماوية ، واحترز بقوله وصحة عقده فى عين ، من الدين الذى يَصير بإتلاف المرهون مرهوناً فإنها بإتلافه تبقى قيمته أو أرشه رهناً ، وهو فى ذمة المتلِف ، وهذا وارد ، على الحاوى .

---

(١) وفى ح « وارتهن إن أقرض أو باع نسيئة لنهب أو غبطة أو تعذر استيفاء دينه أوورث ديناً مؤجلا » .

(٢) الركن الثالث . المرهون . وله شرطان : الأول كونه مما يحصل به توثق ، ويقدر على تسليمه /ف . والركن الرابع مرهون به وشرط فيه كونه ديناً فلا يصح بالعين المضمونة كالمغصوبة والمستعارة ولا بغير المضمون كمال القراض والمودع، وستأتى شروطه والأول الصيغة وقد تكلم عنها فى أول الرهن وبقى من الأركان الثانى وهو العاقدان ، ويشترط فيهما أهلية التبرع والاختيار / م .

وقــوله : (تباع لدى محله[1] ، لا مُدَبَّر ، ومُعَلَّقٍ عتق بصفة قد تتقدم) .

أى : ويشترط أن يكون المرهون مما يجوز بيعه ، عند حلول الدين ، لأن ذلك هو المقصود من الرهن ، فإن رهنه عبداً مدبراً لم يجز لأن السيد قد يموت فجأة فيعتق ، وهذا غرر لا حاجة إليه ، وأما رهن العبد المعلق عتقه بصفة يتأخر به عند حلول الدين فصحيح فإن كانت تتقدم لم يصح ، وكذا إذا أمكن تقدمها وتأخرها ، مثل أن يعلقه بقدوم غائب ونحوه ، لما فيه من الغرر .

وقــوله : (ولو عاريةً من عارفٍ ، بالمرتَهِن ، ودَيْنه جنساً ونوعاً وقدراً وصفةً وهو ضَمانٌ فى عينه) .

أى : وصحة الرهن فى عين ولو كانت عارية ، فلا يشترط أن تكون ملكاً للراهن ، والأصح أنه ضمان من المعير فى العين المستعارة فيشترط أن يعرف المرتهن وجنس الدين ونوعه وقدره وصفته ، لأن الأغراض تختلف باختلاف ذلك ، ولو قال له أعِرْنِى لأَرهن بألف فأعاره كفى على الأصح ، وإن لم يقيد المعير الإذْن بألف ، وقوله فى الحاوى : إن ذكر لم يرد أن يشترط ذكر ذلك فى نفس العقد[2] ، بل أراد أن يظهر للمعير ذلك حتى يعرف ما يضمن فى رقبة ماله .

وقــوله : (فإن خالف ولو بنقص من مرتهَنَين ، لا ديْن بطل)

أى : فإن خالف المستعير ما أذن فيه المعير ، بأن رهنه بأكثر

---

(١) أى وقت حلوله كرتد / ه .

(٢) وفى ح « وإن استعار له إن ذكر جنس الدين وقدره وصفته والمرتّهن وبطل إن خالف » .

أَو بجنس أَو نوع آخر أَو أَذِنَ له فى الرهن حالاً فأَخَلَّ أَو عكسه ، أَو ليرهن من واحد فرهن من اثنين بطل لأَنه قد يعجل أَحدهما فيبيع حصته ، فينتقص ، وكذا لو خالف بالنقص من المرتهنين ، بأَن أَذن له أَن يرهن من اثنين فرهن من واحد ، لأَنه قد يكون له غرض لفكاك نصيب أَحدهما ، وإن رهن بأَقل مما أَذن له من الدين صح الرهن لأَنه أَغبط من المعير ، وقوله فى الحاوى : وبطل إن خالف لا إن نقص القدر لا ليرهن من واحد ، فرهن من اثنين ، أَو بالعكس صوابه ؛ :لا ليرهن من اثنين فرهن من واحد ، لأَنه فى هذه الصيغة نقصان قدر استثنى من نقصان ولا حاجة إلى ذكر عكسه ، لدخوله فى المخالفة ، وأَما الذى أَتى به فليس قد يخالفه حتى يستثنيه منه وذلك ظاهر .

وقـوله : (ولزم بقبض المرتهن وصار به أَمانة) .

أَى : الرهن المستعار ، يستحق صاحبه الرجوع فيه ، ولو بعد عقد الرهن ما لم يقبضه المرتهن ، وهو أَيضاً من ضمان المستعير ما لم يقبضه المرتهن فإذا قبضه لزم ، ولم يجز الرجوع فيه وصار أَمانة كالرهن المملوك لا يضمنه المستعير ولا المرتهن بتلف ، ولا بجناية يجنيها .

وقـوله : (فإن حَلَّ أَجَلٌ أَمَرَ المُعِيرُ ، هذا بفكه ، وهذا بطلب دينه ، أَو فَسْخِهِ) .

أَى : فإن حَلَّ الدين الذى رهن به المستعار ، أَو كان حالاً فللمعير أَن يطالب المستعير بفَكّ الرهن ، ويجبر عليْه ، ويقال ليس له ذلك كما ليس للضامن أَن يطالب المضمون عنه براءة ذمته على الأَصح ، والفرق أَن مال هذا مشتغل بالدين فهو كما لو غرم الضامن ، وله أَن يطالب المرتهن بأَن يطلب دينه ، أَو يفسخ الرهن ، ويجبر على ذلك ، وقوله فى الحاوى : ويؤمر الراهن بالفك والمرتهن برد ماله أَو طلب ديْنه : يريد فسخ الرهن ، وأَمّا إذا رده إليه بلا فسخ ، فلا فائدة لامتناع تصرفه .

وقــوله :(وإنْ وَجَب بَيْعُه رُوجعَ ، ورَجَع بما بِيعَ .

أَى : إذا غاب الراهن أَو أَعسر وتعين بيع الرهن روجع المعير فلعل له غرضا فى فائدة ، فإن لم يأْذن له ، ولم يعده باعه الحاكم ، فإن بيع رجع على المستعير بما بيع به ، قال الرافعى : فإن بيع بأَكثر من قيمته ، وقلنا : إنه عارية قال الأَكثرون : لا يرجع إلا بقيمته ، وقال القاضى أَبو الطيب يرجع بما بيع به كله ، لأَنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن ، قال الرافعى وهذا حسن ، واختاره الإمام وابن الصباغ ، والرويانى ، وقال النووى قلت هذا الذى اختاره هو الصواب ، واختاره الشاشى أَيضاً ، وإن باعه بأَقل من قيمته لم يصح ، فإن كان قدراً يتغابن به الناس رجع بما بيع .

وقوله : (وكذا لو رَهَنَهُ ، عَنْه ، أَو ضَمِنَ فى رَقبَته بإِذنه)

أَى : إِذا قال المديون لرجل ، ارهن عبدك عنى من فلان بدينه علىّ ففعل فحكمه حكم ما لو استعاره منه فيما ذكرناه كله ، وكذا لو قال : ضمنت مالك على فلان فى رقبة عبدى على الأَصح ، لكنه لا يرجع ، إلا إذا ضمن بإذنه ، فإنما ذكرناه فى أَصل الإِذن لتحصل المساواة بما قبله من كل وجه .

وقوله : ويَرْهَن ما يَفْسُدُ قَبْل مَحِلِّ دين ولا يجب إن شرط بَيْعَه ليصيرَ ثمَنُه رَهْناً) .

أَى : ويجوز رهن ما يسارع إليه الفساد لرطوبة إذا أَمكن تجفيفه كأَكثر الرطب والعنب ، وإن لم يمكن تجفيفه ، كالرطب الذى لا يتتمّر ونحوه وكالهريسة ونحوها ، فإن كان الدين حالاً أَوْ يحل قبل الفساد ، جاز ، ويباع ، فإن تركه المرتهن ففسد ، وقد أَذن له فى بيعه أَو وجد حاكماً يرفعه إليه ضمن وإلا فلا وإن علم فساده قبل الحلول لم يصح رهنه ، إلا إذا شرط بيعه عند خوف الفساد ، ويصير ثمنه رهناً بنفس البيع ، فلو رَهَنَه وأَطلق لم يصح فى الأَصح ، فإن احتمل أَن يفسد قبله أَولا يفسد فالمذهب صحة رَهْنِهِ ، وقوله فى الحاوى : وجعل الثمن رهناً ، لم يرد أَنه يشترط أَن يجعل الثمن رهنا بعقد آخرَ بل أَراد أَنه يشترط فى العقد أَن يشترط بيعه ليكون ثمنُه رهناً .

وقوله : (كثَمَن رَهْن خِيفَ تَلَفُه) .

أَى : إذا رهن ما لا يتسارع إليه الفساد ثم طرأ ما يفسده كحنطة ابتلت ولا يمكن تجفيفها وخيف عليها التلف ، فإنها تباع كما تباع ، هذا ويصير ثمنها رهناً ولا ينفسخ الرهن لكونها لا تصح للعقد على مثلها ، إلاَّ أَلاَّ يشترط البيع ، لأَنه يحتمل فى الدوام ما لا يحتمل فى الابتداء ، أَلا ترى أَن الآبق لا يجوز بيعه ، ولو أَبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ .

وقوله : (وكونُهُ[1] بدَيْنٍ ثَابِتٍ لا زمٍ ، ولو فى أَصْلِه ، كثمنٍ فيه خيار ، لا كجُعْل قبل فراغ) .

أَى : وصحة الرهن أَن يكون بدين ، فلا يصح الرهن بالأَعيان المغصوبة ، فمن ظفر بغاصب ماله ورهنه به رهناً لم يصح ، لأَن المقصود من الرهن فى جوازه كضمان الأَعيان ، قلنا لأَن ضمان الأَعيان ملحق بالكفالة بالبدن ، ولا يلزم الغرم فيها على الصحيح ، والرهن لم يوضع إلا للغرم ، وغرم العين منه متعذر ، ويشترط كون الدين ثابتاً فلا يجوز الارتهان به قبل ثبوته كثمن ما سيشتريه منه وإن اشتراه منه فى المجلس ، وأَن يكون لازماً ، والدين الثابت ينقسم إلى لازم وغير لازم ، واللازم ينقسم إلى لازم حَال الرهن وغير لازم ، فاللازم حال الرهن ، يجوز الارتهان به ، سواء كان مستقراً كالثمن بعد القبض ، أَو غير

(١) الركن الرابع من أركان الرهن المرهون به وله أربعة شروط : كونه ديناً ثابتاً لازماً أو آيلا إلى اللزوم ، معلوماً للعاقدين ، وقد ذكرها وذكر محترزاتها المؤلف . وأما المرهون الركن الثالث فذكره بقوله وصحة عقد فى عين والأول والثانى العاقدان والصيغة وقد أشار إلى ذلك بقوله صحة رهن بإيجاب ويقبول الخ وأما العاقدان فشرطهما أهلية التبرع والاختيار وكلها ذكرها المؤلف / هـ .

مستقر ، كالثمن قبل القبض ، والأجرة قبل الاسْتِيفاء للمنفعة والصداق قبل الدخول ، واللازم لا فى حال الرهن كالثمن ، فى مدة الخيار ملحق باللازم وابتدَاء لأَن أَصله اللزوم ، ومآله إلى أَصله وما ليس بلازم ، ولا أَصله اللزوم كدين الكتابة والجعالة لا يجوز الارتهان به ، إذْ للمكاتب الفسخ متى شاء ، وكذلك الجعل لا يصح الارتهان به ، ما لم يفرغ من العمل أيضاً ، لأَن كليهما غَير لازم ولا لهما أَصل فى اللزوم .

وقوله : (ويُزَاد بالدين رَهْنٌ ، لا عَكْسُه ، إلا بفداء أَو إنْفَاقٍ بشرْطٍ) .

أَى : ويجوز أَن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، فإذا رهنه عبداً بعشرة ، ثم رهنه بها عبداً آخر جاز ، ولو أَراد أَن يزيد على الرهن ديناً مثل أَن يرهنه عبداً بعشرة ثم أَقرضه عشرة أُخرى ليكون العبد مرهوناً بهما لم يجز على الأَظهر ، نعم لو جنى العبد جناية ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين والفداء صح لأَنه من مصالح الرهن ، فكذا لو أَذن له الحاكم فى الإنفاق على الرهن بشرط أَن يكون مرهوناً بالجميع ، وقوله بشرط أَى بشرطهما وهو إذن الراهن فى الفداء ، إذا جنى العبد جناية على أَن يكون رهناً به أَيضاً أَو الحاكم فى الإنفاق إن غاب على أَن يكون رَهْناً بهما ، وهاتان واردتان على إطلاق الحاوى[1] [لأَنه لم يستثنهما]

---

(١) الجملة (لأنه لم يستثنها) ساقطة من (أ) وبهذا المكان من (ب) .

وقـوله : (ويمزج رهن ببيع ، أَو قرض ، إن إِخَّر طرفاه) .

أَى : ويجوز أَن يمزج الرهن بالبيع أَو القرض إن أَبى البائع أَو المقرض أَولا بإِيجاب البيع أَو القرض ، ثم باستيجاب الرهن ، وأَبى المشترى أَو المقترض بالقبول .ثم بإِيجاب الرهن كبعتك هذا الثوب بمائة ، وارتهنت بها منك هذا العبد ، فيقول المشترى : اشتريت ورهنتك فإِن قيل كيف صححتم الرهن ، وقد تقدم أَحد شقيه على ثبوب الدين ، فهلا فسد ؟ كما لو قال كاتبتك وبعتك هذا الثوب بـأَلف ، قلنا الفرق أَن الرهن من مصالح البيع فلما جاز شرطه فى البيع للوثيقة جاز مزجه به لأَنه آكد لها من حيث أَنه قد لا يفى بالشرط .

وقـوله : (ولغا أَدَاءُ دَيْنٍ ، لا عَقْدُ رَهْنٍ ، ظُنَّ وجوبهما) .

أَى : لو ظن أَن عليه دَيْناً فأَداه لَغَا الأَداء ، ولم يملكه القابض ، وكان له استرجاعه منه ، ولو باع منه عينا بشرط أَن يرهنه بدين آخر له فى ذمَّتِهِ لم يصح البيع ، ولا يلزمه الوفاء بالشرط ، فلو ظن صحته ولزوم الشرط فرهنه ، فالأَصح أَنه يصح الرهن وقطع فى الحاوى بـأَن هذا الرهن يلغو وهو وجه نقله الرافعى ، عن القاضى ونقل عن الشيخ أَبى محمد وغيره ، أَنه يصح . وقال النووى : قلت قول الشيخ أَبى محمد صح واختاره الإِمام والغزالى فى الوسيط ، وزيَّف الإِمام قول القاضى والله أَجل وأَعلم .

وقـوله : (ويَخْتَصُ الرَّهْنُ ، بالملفوظ به ، وحَمْلٍ لاحَادِث ، وبزيادة لا منفصلة ، ونحو صوف وغُصْن خِلاَف كثمرٍ) .

أى : لايدخل فى الرهن إلا ما يلفظ به ، فلا يدخل اصوف واللبن فى رهن الحيوان ، ولا الثوب فى رهن العبد ، ولا المفتاح والرحا فى رهن الدار ، ولا البناء ولا الغراس فى رهن الأرض على المذهب ، بخلافها فى البيع لضعف الرهن وقوة البيع إلا أنه يدخل حَمْل الأمة فى رهنها ، وإن لم يتناوله اللفظ ، لأنه يجرى مجرى الصفة فإذا وضعته كان الولد مرهوناً ، ولو حملت فى يد المرتهن فالحمل غير مرهون ، فلو حل الدين وأراد أن يبيعها حاملا لم يصح على الأصح ، ولا يصح استثناء الحمل فى البيع ، ويدخل أغصان الشجرة وأوراقها فى رهن الشجرة إلاَّ أَغْصَان الخِلاَف[1] وورق الفرصاد[2] ، وهو الآس لأنها ملحقة بالثمار ، ولو رهنه الشجر لم يدخل الثمر ، وقوله فى الحاوى : ويدخل فى رهن الأُم ، لا غصن الخِلاَفِ فى رهنه ، ولا غير معنى اللفظ : فيه أمران :

أحدهما أنه أطلق الحمل والأصح أن الحمل الحادث لايدخل .

الثانى : أنه سكت عن الصوف ، على ظهر الشاة والأصح أن ما لا يعتاد جزه لا يدخل فى الرهن .

وقوله : (وَيَنْفَسِخُ قَبْلَ قَبْضٍ بتصرُّفٍ يَمْنَعُ عَقْدَهُ) .

أى : إذا أَنْشَأَ الراهن تصرفا فى المرهون قبل القبض نظرت ،

---

(١) الخلاف وزن كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافه ونصوا على تخفيف اللام وزاد الصغانى وتشديدها من لحن العوام ، مصباح /م .

(٢) والفرصاد شجر التوت الأحمر وتقدم معناه / م .

فإن كان لا يمتنع معه عَقْد الرهْن كتزويج الجارية وإعارتها وإجارتها ، ووطئها من غير الإحْبال لم ينفسخ الرهن ، وإن كان تصرفاً يمتنع معه ، إنشاء عقد الرهن ، كالبيع والإعتاق والوقف والكتابة والاستيلاد والتدبير ، والهبة مع القبض انفسخ .

وقوله : (لا مَوْتِ عاقدٍ ، وهَرَبِ مَرْهُون ، وجِنَايتِهِ ، وتَخمُّر عَصِيرٍ ، وقُبْضِ خَلاًّ) .

أى : إذا مات العاقد لم ينفسخ الرهن ، لأَنه وإن كان قبل القبض جائزاً من الجانبين فإن مصيره إلى اللزوم ، فأَشبه البيع فى زمن الخيار ، وكما لا يبطل بموت العاقد فيه ، لا ينفسخ الرهن قبل القبض بموت العاقد ، وكذلك لا يبطل بجنون العاقد وسفهه بطريق الأَوْلى ، والعاقد يشمل الراهن والمرتهن ، فإن جُنَّ العاقد عمل الْقَيِّم ما فيه المصلحة من الإمضاءِ والفسخ ، وإن أَبق العبد المرهون قبل القبض لم يَنفسخ العقد ، وكذا إذا جنى جنانة وتعلق الأَرش برقبته وكذا إذا تخمر العصير قبل القبض ، لأَن الأَئمة جعلوه كجنون العاقد ، وإذا تخمر العصير لم يقبضه خَمْرًا لأَنه لا يصح قَبْضُه ، فإذا صار خلاً فله قبضه ، وهذا قضاءُ بالرهن لا يبطل بالتخمر ، وإنما ارتفع الحكم عليه حال التخمر ، وتخمُّرِ المبيع قبل القبض ، كتخمر المرهون فى امتناع الْقَبْض وصحته بمصيره خَلاًّ .

وقوله : (وَإنَّما يَلْزمُ رَهْنٌ وهبةٌ بقبض أَهْل بإذن كَتَعَيُّنِ دين ،

وحصل لذى يَدٍ بقدرِ سَيْرٍ إليه ، كَمُشْتَرٍ ، ويوكل فيه ، لا من له إقْبَاضٌ ، ورقيقَه إلا مُكَاتَبًا) .

أى : اعلم أَن القبض ركن فى لزوم الرهن والهبة فلا يلزم واحد منهما إلا به ، ويشترط كون القبض بإذن من المالك ، وكون القابض أَهْلاً كَتَعَيُّنِ دين ، فإذا كان لك على رجل ألف مثلا ، ووجدت من ماله ألفا ، لم يكن لك أَن تقبضه عن دَيْنك إلا بإذنه ، ولو أَذنت له أَن يُعْطِيه صبياً ونحوه ، فَأَعْطَاه إِيَّاه عن جهتك لم يصح القبض ولم يتعين لك ، فلو تلف ، تَلِفَ عن مِلْكِه كالمرهون والموهوب ، والقبض قد تقدم وَصْفُهُ فى البيع ، فإذا كان المرهون أَو الموهوب فى يد المرتهن ، أَو المتهب ، فلابد من الإذن فى القبض ، ومضى زمن يمكن فيه السير إلى مكانهما ، ويسمى هذا القبض التقديرى ، والأَول هو القبض الحقيقى وكذا الحكم فى قبض المبيع ، الذى فى يد المشترى سواءٌ كان فى يده وديعة أَو عارية ، أَو غصباً ، وللمرتهن وللمتهب ، أَن يوكل لمن يقبض له ، لكن لا يجوز أَن يوكل من له أَن يقبضه إياه ، وهو المالك أَو وكيله فيه لئلا يتولى طرفى العقد واحد ، ولا يُوكَل رقيق مالكه ؛ لأَن يده كيده ، إلا إذا كان مكاتباً ، فإنه يجوز توكيله ؛ لأَنه مستقل يتصرف دون سيده ، وقوله فى الحاوى : ويلزم الرهن بقبض مكلف كتعيين الدين ، ويوكل فيه إلا الراهن ورقيقه سوى المكاتب ، وإمكان سير من فى يده إليه كالهبة والبيع بإذن جديد ، كالهبة فيه أمران :

أَحدهما : قوله لا الراهن يرد عليه ما إذا كان الراهن وكيلا ،

فى الرهن ، دون الإقباض ، فإنه يجوز ، أن يكون وكيلا ، للمرتهن ، فى القبض لأنه غير قبول للطرفين ، فى هذه الصورة .

الثانى : قوله ويلزم الرهن بقبض مكلف وإمكان سير مَنْ فى يده إليه كالهبة ، والبيع مُقْتضاه أن البيع لا يلزم إلا بالقبض ، وقد احترز مما يوقعه فى احتياج البيع إلى الإذن فى القبض ، بقوله : بإذن جديد كالهبة ، ولم يحترز عما يوقعه فى احتياج اللزوم فى البيع إلى القبض ، فإن المبيع قبل القبض لازم ليس لأحد منهما فسخه وإن كان غير مستقر .

وقـوله : (وَتُوضَعُ شَابَّةٌ عِنْد عَدْلٍ له أَهْل) .

أى : إذا ارتهن أجنبي أمة شابة جاز مطلقاً[1] ، وقيل لا يجوز رهن حسناءُ من أجنبي والمذهب جوازه ، فَإن كان المرتهن محْرَمًا أَو امرأة ، أَو عدلا وله زوجة أَو أَمة ، أَو معه نِسْوَةٌ ، يؤمن غِشْيَانُها معهن جاز وضعها عنده ، وإلا فلا يجوز وضْعُها عنده بل عند واحد ممن ذكرْناه ، فإن شرط وضعها عند غير ممن ذكرناه فسد الشرط ، وبفساده يفسد الرهن على الأصح .

وقـوله : (وإن أُودِعَ مَنْ يَدُه ، ضَامِنَةٌ ، برِئَ ، إلا إن رُهِنَ ، مِنه ، وقورِض وزُوِّج وأُجِّر ووكل فيه ، أَو أُبْرِئَ ، وهو فى يده) .

---

(١) من أجنبى أو محرم ، سواء كان للأجنبى زوجة أو أمة أو عنده عدد من النسوة يؤمن غشيانها معهن أم لا ، ومقابله يشترط لصحة العقد ما ذكر كونه عدلا أوله زوجة أو أمة . . . . الخ /هـ .

أى : إذا قال المالك للغاصب ، أودعتك العين المغصوبة فقبل ، برئ من الضمان وصارت أمانة ، وكذلك من تعدى فى الوديعة ثم أحدث له إيداعًا[1] ، وكذلك المستعير يودع ولو رهن العين المغصوبة من الغاصب صح الرهن ، ولم يسقط الضمان ، والفرق أن الرهن لا ينافى الضمان بل قد يجتمعان ، بأن يتعدى فى الرهن ، فإنه يبقى مرهوناً مضموناً ، والوديعة والضمان لا يجتمعان متى تعدى المودع بطل حكم الوديعة وبقى مضموناً ، وكذا إذا قارضه على المضمون ، أو زوجه أو أجَّره منه أو وكله فى بيعه ، وكل ذلك لا يَبْرَأُ به ، وكذلك لو أبرأه من الضمان والمغصوب فى يده ، لأنه أبرئ عما لا يجب .

وقوله : (وامتنع بلزومه ، بيع وهبة وكتابة ورهن ووطء ، وسفر به كزوج فى أمة وانتفاع يضره ، وقطع يضر غالباً ، وكذا إجَارَةٌ تجاوز المحل وتزويج لأمته) .

أى : إذا لزم الرهن بالقبض فلا يستقل الراهن بالتصرف فيه ، والتصرف إما مُزيل للملك ، بالنقل إلى الغير ، كالبيع والهبة والوقف ، فلا يصح منه ، وإما مزيل لا ينقل الملك ، إلى الغير ، وهو العتق وسيأتى ، وإما غير مزيل لكنه يرحم المرتهن فى المقصود من الرهن ، وهو الرَّهْن ، والكتابة ، أو ينقص المرهون ويقلل الرغبة ، كتزويج الجارية ، والإجارة التى يَحِل الدينُ قبل انقضاءِ مدتها ، وهذا إذا زَوَّج

---

(١) يريد أن من تعدى فى الوديعة بسبب يوجب الضمان كالسفر بها والأخذ للانتفاع إذا أحدث له إيداعاً آخر لايضمن كالغاصب إذا أحدث له المالك إيداعاً فإنه يبرأ من الضمان ، /م .

أو أَجَّر من غير المرتهن ، وأما منه فيجوز ، وكل ذلك يمتنع فى الرهن ، وكذلك الوطءُ سواءٌ كانت بكراً تَفْتَض أو ثيباً تحبل أو آيسة أو صغيرة حَسْمًا للباب ، كإيجاب العدة ، وكذا السفر بالمرهون بما فيه من الخطر والحيلولة المفوِّتة ، كما يُمْنَعُ زوج الأَمة من السفر بها وجاز للسيد السفر بالمزوجة بحق الملك ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى امتناعه من تزويجها ، ويمتنع من كل انتفاع يضر كالبناءِ والغِرَاسِ فى الأَرض ، وكذا الزرع الذى يحل الدين قبل حصاده على الأَظهر أو تنقص قيمة الأَرض به ، ولو غرس أو بنى لم يقلع قبل الحلول وبعده يقلع إن نقص الأَرض ، ولم تف قيمتها بالدين ، وكذلك يمتنع من سلعة ونحوها إذا كان يتلف غالباً سواءٌ كان الترك متلفاً أم لا ؟ ولا يجوز أن يؤجر المرهون مدة يحل الدَيْن قبلها ، ولا تزويج الأَمة المرهونة ؛ لأَنه يُنْقص قيمتها إلا إذا كانت الإجارة والتزويج من المرتهن ، فإنه يجوز ، وقوله فى الحاوى[1] ، ويمنع البيع والتزويج وإجارة تنقضى بعد الْمُحِل ، وقطع فيه حَظر : فيه أُمور :

أَحدها : أن التزويج ، لا يمنع مطلقاً ، بل يصح تزويجها من المرتهن .

الثانى : المنع من الإجارة ، إنما هو أَيضاً من غير المرتهن ، وأما مِنْه فيصح .

---

(١) وفى ح « فيمنع البيع والهبة والرهن والتزويج والكتابة وإجارة تنقضى بعد المحل والوطء والسفربه كبالزوجة الأمة وانتفاع يضر وقطع فيه حظر » .

الثالث : قوله وقطع فيه حَظْر هذا إذا كان الغالب منه التلف ، وأما إذا كان الغالب السلامة ، فالأصح أنه يجوز مطلقاً ، وهو مقتضى كلام العزيز والروضة .

وقـوله : (ولا فَصْدٌ وَحَجْمٌ وَخِتَانٌ لا يَضُرُّ) .

أى لا يمنع الراهن من فصد المرهون ، وحجامته ومداواته ، ولا من ختان العبد ؛ لأن ذلك من مصالح الرهن ، وقالوا فى الختان ، هذا إذا كان فى اعتدال الهواء ويندمل قبل الحلول ، فإذا كان لا ينْدمل وكان يُنْقِص القيمة لم يجز وهذا محمول على ما إذا كان العبد صغيرا ، وأما إذا كان بالغاً فكذلك فى إطلاق كثيرين ، وصرح المتولى والشيخ بأنه لا فرق ، وقال صاحب المهذب ومن تابعه ، يمنع من ختان الكبير دون الصغير ، لخوف التلف ، وهذا نصه فى الأم والمختصر ويؤيد أنهم عدوا عدم الختان فى الكبير ، عيبًا ، دون الصغير .

وقـوله : (ونفذ عِتْقُ مُوسِرٍ ، وإيلادُهُ ، بقيمةِ يوم فِعْلِه ، لا مُعْسرٍ إلا إن عَلَّق بمصادفٍ فكِّهِ أو بهِ أو عادت المستولدة)[1] .

أى : إذا أَعْتق الموسر الرقيق المرهون ، نَفَذَ عتْقُه ، لقوته وعدم إبطال حق الوثيقة لقدرته على الغرم ، وتصير القيمة رَهْناً بمجرد الغرم ولا يتوقف نفوذ عتق الموسر هنا على الغرم ، ولا يجرى

---

(١) فينفذ الاستيلاد ، وقارن الإعتاق بأنه قول يقتضى العتق فى الحال فإذا ردلغا ، والإيلاد فعل لايمكن رده ، وإنما يمنع حكمه حالا لحق الغير ، فإذا زال حق الغير ، ثبت حكمه ، وشرط بيع مستولدة المعسر ، أن يستغرقها الدين ، وإلا بيع منها بقدره فإن عاد نفذ فيه ، وأن تضع لأنها حامل بحر ، وأن ترضعه اللبأ ، وأن توجد مرضعة غيرها ، /ف .

فيه الخلاف فيما تنفذ به السراية ، إلى نصيب الشريك ، لأن هذا يصادف ملكه ، وهنالك الملك لغيره ، وكذا يَنْفذ إيلاده ولا حق للمرتهن فى الولد ، بل يغرم قيمة الأُم ، ويصير هنا كما فى العين ، إذا أتلفها ، وإنما يلزمه قيمتها يوم الوطء ، وفى العتق يوم الإعتاق ، لأن ذلك يوم الإتلاف ، ولا ينفذ العتق والإيلاد من المعسر إلاّ أنه إذا علق المعسر عتق المرهون بصفة ثم وجدت الصفة بعد الانفكاك ، فإن العتق يقع إذ لا ضرر على المرتهن فى ذلك ، وكذلك إذا علقه بنفس الْفَكِّ بالعدم ضرر المرتهن ، وإذا أَحْبَلها المعسر فلا تباع حاملا قطعاً لأنها حامل بحُرٍّ ، ولا بعد الولادة حتى تسْقى ولدها اللبأ وتوجد مرضعة فحينئذ تباع ، ولا يبالى بالتفريق للضرورة لتعذر بيع الولد الحر وإن لم يستغرقها الدين بيع بعضُها واستقر الإيلاد فى الباقى ، وإن لم يوجد من يشتريه بيع الكل للضرورة ، فإن عادت إلى ملكه عاد الاستيلاد ، وإليه الإشارة بقوله : أو عادت المستولدة ، وقوله فى الحاوى[1] : وإعْتاق الموسر ، وإيلاده بقيمة يومه : فيه أمران :

أحدهما : أنه سَوّى ، بين الفصد والإعتاق فى عدم الامتناع والفصد جائز والإعتاق غير جائز ، ولكنه ينفذ لقوته ، فكان ينبغى أن يقول : ونفذ الإعتاق .

الثانى : قوله وإيلاده بقيمة يومه ، أى بقيمة يوم الإعتاق والإيلاد ، والأصح أن الاعتبار بقيمة يوم الإحْبَالِ .

---

(١) وفى ح « لافصد وحجامة وختان ولا إعتاق الموسر وإيلاده بقيمة يومه » .

وقد اعترض البارزى[1] على المصنف فقال ونفذ كل واحد منهما بقيمة يوم الإعتاق ويوم الإيلاد على أحد الوجهين ، وهو مقتضى لفظ المصنف والثانى بقيمة يوم الإحْبَال ، وهو الأصح ، وتبعه صاحب البهجة ، وقال : قلت اختيار غيره ، - لأن الأمة هنا بيوم حبلت مقومة - ولم أر هذا الخلاف لغيرهما ، أما صاحب التعليقة[2] ، ففسر يوم الإيلاد بيوم الإحْبَال ، وليس بممتنع فلا اعتراض على المصنف .

وقوله : (وضمن معسر إن ماتت به ، كواطئ أمة غَيْرٍ بشُبْهة ، لا حِلٍّ وزنا) .

أى : وضمن المعسر قيمة الأمة المرهونة التى قلنا لا ينفذ إحْبَاله فيها إذا ماتت بالولادة ؛ لأنه متلف فيطالب بقيمتها إذا أيسر ، ويكون رهنا ، وكذلك من وطئ أمة الغير بشبهة ثم ماتت بإيلاده لأنه سبب إلى هلاكها ، فإن كان الوطء حلالا لم يُضمن لأنه تلف بمأذون فيه وكذلك إذا كان زنا سواء كان بإكراه أم لا ؛ لأن الإحْبَال ضعيف وإنما ضمن الواطئ بالشبهة بالاستيلاء عليها حالة الوطء ، وامتداد مدة الحمل المنسوب إليه ، والحمل غير منسوب إلى الزانى فلم يبق الاستيلاء .

---

(١) البارزى هو هبة الله بن عبد الرحيم بن إبراهيم الشيخ شرف الدين بن البارزى الجهنى الحموى الشافعى المتوفى سنة ٧٣٨ ثمان وثلاثين وسبعمائة له عدة شروح على الحاوى منها « توضيح الحاوى » و « مفتاح الحاوى » وتيسير الفتاوى فى تحرير الحاوى . قال الإسنوى فى الطبقات كان إماماً راسخاً فى العلم . له المصنفات العديدة وصارت إليه الرحلة ٢٠/٣٢٤ البدر الطالع .

(٢) هو القاضى أبو الطيب الطبرى

وقــوله : (ونفذ كل بإذن مرتهن ، لا بشرط تعجيل حقه أَو رهن الثمن) .

أَى : ونفذ من الراهن كل ما منع منه لحق المرتهن ، إذا أَذن له المرتهن فيه ، لأَن المنع لأَجله ، نعم إذا أَذن له المرتهن فى البيع أَو غيره وشرط عليه أَن يعجل دَيْنه المؤجل بطل الإِذن لبطلان الشرط ، إذ المؤجل لا يتعجل ، فإن قيل هلا صح البيع بالإِذن وإن فسد الشرط ، كما إذا وكله ببيع عبد على أَن له عشرة من ثمنه ، فإنه يفسد الشرط ويصح البيع للإِذن ويستحق أَجرة المثل ، قلنا الفرق أَن الفاسد هناك شرط الحبل للمأْذون له ، وقد رجع إلى أُجرة المثل والموكل لم يشرط لنفسه شيئا ، وأَما هنا فالمرتهن قد شرط لنفسه شيئاً فى مقابلة إذنه ، وهو تعجيل الحق ، فإذا فسد ، فسد ما يقابله ، وهو الإِذن ، ولا عوض عنه ، وكذا إذا أَذن بشرط جعل القيمة رهناً ، لأَن القيمة غير موجودة وكأَنه شرط أَن يرهنه شيئاً سيوجد ، فلم يصح .

وقــوله : (ورَجَع قبْلَه وقَبْلَ قَبْضِ هبةٍ ورَهْنٍ) .

أَى : وإذا أَذن المرتهن للراهن بالتصرف ببيع أَو رهن أَو نحوه فإنه يجوز له الرجوع فى الإِذن قبل العقد وفى الرهن والهبة قبل القبض لأَنهما لا يلزمان إلاَّ به .

وقــوله : (وحَلَفَ مَنْ جَحَد رجُوعاً ، وقبْضاً أَو بَيْعاً قبْله ، ورَهْناً ، وقبضاً وهو فى يَدِه ، وإذْناً فيه ، أَو عَنْ جهتِهِ ، وقَدْرَ

مَرْهُونٍ ، ومَرْهُونٍ به ، كهِبَةٍ ، ومرتهنٌ كَذَبَ بإيلادِ مُعْسرٍ وبحقٍ سابقٍ لغيرٍ ، أَقَرَّ بهِ الراهِنُ ، فيَغْرَمُ ، لا إن رَدَّهَا المرتهِنُ ، فنكَلَ المُقَرُّ لَهُ ، ولمُقِرٍ تحْلِيفٌ) .

أى : فإذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض فقبض ، أو المرتهن للراهن فى البيع فباع ، ثم ادعى كل منهما الرجوع قبْله فجحد الآخر رجوعه من أصله صدق من جحد الرجوع وهو المرتهن فى الأُولى والراهن فى الثانية فلو حصل الاتفاق على الرجوع أَيْضاً ، لكن المرتهن قال قبضت قبل أن ترجع وقال الراهن بعت قبل أن ترجع ، حلف من جحد كونهما قبل الرجوع وهو الراهن فى الأُولى ، والمرتهن فى الثانية ، لأَن الأَصل عدم القبض والبيع ، وكذلك يحلف من جحد أَصل الرهن ، لأَن الأَصل عدمه ، ومن جحد القبض بعد الرهن والإِذن وهو الراهن ، وهذا إذا كان الرهْنُ باقياً فى يده وكذا إذا كان فى يد المرتهن ولم يتفقا على الإِذن فى القبض ، بأَن قال الراهن غصبته ، أَو اتفقا على الإِذن فى القبض واختلفا فى جهته ، فقال أَذنت فى قبضه وديعة ، أَو عارية ونحوها ، فيحلف الجاحد للإِذن فى القبض عن جهة الرهن أَما إذا اتفقا على الإِذن عن جهة الرهن ، وادعى الراهن الرجوع قبله فقد بينا أَن القول قول القابض لأَن الأَصل عدم الرجوع ، وكذا يحلف من جحد قدر المرهون أَو قدر المرهون به ، فإذا قال رهنتنى العبد كله فقال : بل نصفه ، أَو قال : ارهتنيه بدينى كله ، فقال بل نصفه حلف من جحد القدر الزائد لأَن الأَصل عدمه وجميع ما يصدق فيه الراهن مما تقدم يصدق فيه

الواهب ، وكذا لو وطئ أمته ثم رهنها فأتت بولد يمكن أن يكون من السيد فادعى إيلادها ، أو قال : كنت قد أعتقتها قبل الرهن فإن كان موسراً ، فالأصح أنه يُؤْخذ منه القيمة ويكون رهنا مكانها ، وإن كان معسراً ، فالقول قول المرتهن فيحلف على نفى العلم ويستمر الرهن ، وإن أَقَرَّ الراهن بأنه كان قد غصب المرهون أو باعه بأن ادعاه وجحد المرتهن ، فالقول قوله فيحلف ما علمت ذلك ويستمر الرهن وللمقر له مطالبة الراهن بقيمته ؛ لأنه حال بينه وبين ماله بالرهن ؛ فإن رد المرتهن اليمين فالأظهر أنها ترد على المدعى لا على الراهن ، فإن حلف استحق الغرم ، وإن نكل لم يستحق وانْقَطعَت الخصومة ، وإن أقر الراهن على المرهون بجناية سابقة توجب المال لمن ادعى ذلك ، وأنكر المرتهن حلف على نفى العلم واستمر الرَّهْن ، وإذا حَلف فعلى الراهن الغُرْم لأنه حال بينه وبين ماله فى الرهن ، وهو الأقل من الأرش والقيمة ، فإذا نَكَل فالأظهر ، أنها تردّ على المجنى عليه لا على الراهن وإن حلف استحق ، وإن نكل فلا شئ له ، وانتهت الخصومة ، ومن أقر بمال أو رهن وإقباض ، ثم قال : أشهدت على رسم القَبَالة[1] ، أو طالعت من جريدتى أو ظننت وكيلى ونحو ذلك ، من الأعذار فله تحليفه أنه أقر بذلك وهو يستحقه وكذا إذا لم يذكر تأويلا على الأصح عند العراقيين ، لا المراوزة[2] ، وقال

---

(١) الرسم إسم للكتابة والقبالة بفتح أوله وثانيه اسم للورقة أى شهدت على الوثيقة المتضمنة للكتابة ، وطالعت من جريدتى أى صحيفتى / م .

(٢) المقصود بهم الخرسانين الذين ينتمون إلى خرسان .

النووى : طريقة العراقيين أَصح ووافقه ، وقوله فى الحاوى[1] : وحلف من جحد الرجوع والبيع قبله ، والرهن وقبضه ولو بإقراره وعن جهته ورجوعه عن إذن القبض قبله فيه أُمور :

أَحدها : قوله وقبضه هذا إذا لم يتفقا على المرهون فى القبض ، فإن اتفقا فالقول قول من هو فى يده كما اعترض به على صاحب الحاوى ، والقونوى وابن النحْوى ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : قوله : ولو بإقراره مقتضاه ، أَن من جحد الرهن والقبض كان القول قوله ، وإن كان قد أَقَرّ بذلك وليس كذلك بل الذى فى العزيز والروضة وغيرهما ، أَنه إذا أَقر بذلك ، أَخذناه بإقراره ، نعم له تحليف المُقِّر له ، كما بيناه أَولا .

الثالث : قوله عن جهته هذا الاخْتلاف ، إنما هو فى الإذن ، الذى قبض به كما فى العزيز والروضة ، فأَما إذا اتفقا على الإذن فى القبض عن الرهن ، ثم قال لم تَقْبضه عن الرهن كما أَذنت لك بل قبضته لغرض آخر ، فإن القول قول المرتهن ؛ لأَنه أَعرف بنيته .

وقـوله : (وللمرتهِنِ الْيَدُ وهى أَمانةٌ) .

---

(١) وفى ح « ويحلف من جحد الرجوع والبيع قبله والرهن وقبضه وعن جهته ورجوعه عن إذن القبض قبله » وبذلك ترى أن لفظ ولو بإقراره لم يأت فى كلامه ومنه فلا داعى للأمر الثانى الذى اعترض به على الحاوى وعبارة ولو بإقراره وجدت بهامش إحدى النسخ وليست فى صلب كلام النسخة التى بأيدينا ، /م .

أى : إذا لزم الرهن واستحق المرتهن اليد ، لأن التوثيق إنما يحصل بذلك ويده يد أمانة ، لا يسقط بتلف الرهن شئ من الدين ، ولا يضمنه إلا بتعدى ، فإن برئ من الدين بقى أمانة ، ما لم يتعد ، أو يمنع الراهن منه .

وقوله : (فإن جعله مبيعاً أو عارية ، بعد شهر ، ضمن بعده ، وفاسد كل عقد كصحيحه ، أمانة وضماناً غالباً) .

أى : اعلم أنَّا قد بينا أن الرهن أمانة ، فى يد المرتهن ، فإذا ارتهنته على أن يكون بعد مضى الشهر مبيعاً أو عارية ، فإنه يكون قبل مضى الشهر أمانة ؛ لأنه رهن فاسد وبعد الشهر مضمونا ؛ لأنه يصير فى بيع فاسد أو عارية صحيحة ، وللفاسد من العقود ما للصحيح فيها من ضمان وأمانة واستثنى من ذلك الشركة ، فإنه عمل الشريك فى صحيحها لا يضمن ، وفى فاسدها يضمن بأجرة المثل ، وكذلك العين فى الهبة الفاسدة ، فإنها إذا صحت من ضمان المتهب وإن فسدت لم يضمن ، وكذلك الجزية إن عقدها الإمام صحت وضمنت ، وإن عقدها غيره فاسدة ولم يضمن ، وكذلك إذا قارضه على أن الربح كله للمالك فإنها فاسدة ، وعمل العامل ضائع على الأصح بخلاف الصحيحة وإلى هذه المسائل أشار بقوله غالباً .

وقوله : (وَنَزَعَ وقتَ انْتِفَاع تَعَذَّرَ مَعَهَا) .

أى : واليد للمرتهن لكن الانتفاع للراهن ، فإن كان يمكن مع بقاء اليد بأن أراد اكتساب العبد مثلا لم ينزع ، وإن أراد استخدامه

أُزيلت يده مدة الاستخدام ، ولا يمكن من الجارية إلاَّ إذا كان مَحْرَما ، أو أَمِينًا له أَهلٌ[1] .

وقــوله : (وأَشهد متهم) .

أى : إذا أَخذه الراهن للانتفاع فإنْ كان غير متهم بأَن كان موثوقاً به عند الناس ، مشهور العدالة لم يكلف الإِشهاد فى كل انتزاع على الأَصح ، والمتهم يكلف الإِشهاد بأَنه مرهونٍ يأْخذه للانتفاع به ويرده ، وقوله فى الحاوى[2] : لا ظاهر العدالة أَراد مشهور العدالة ولم يرد مَنْ ظاهره العدالة ، والفرق بينهما ظَاهِر .

وقــوله : (وَلَهُ طَلَبُ بَيْعِهِ ، أَو دَيْنِهِ إِنْ حَلَّ ، وَقُدِّمَ بِثَمَنِهِ وَيُجْبَر ، فإِن أَصَرَّ باع قَاضٍ) .

أَى : وللمرتهن طلب بيع الرهن ، عند الحلول أَو قضاءِ دَينَه ، ويقدم بثمن المرهون على سائر الغرماءِ وإِن امتنع الراهِن من البيع وقضاءِ الدين ، أَجبره الحاكم على أَحدهما ، فإِن أَصر على الامتناع باع الحاكم ولا يبيعه الراهن إلا بإِذن المرتهن ، فإِن امتنع المرتهن بالإِذن قال له الحاكم ، إما أَنْ تأْذن أَو تبرئه من حقك ، وتجبره على ذلك .

وقــوله : (ولا تَصَرَّف لِمُرْتَهِن ، ووطؤُهُ ولو بإِذْنٍ زنًا ، وَبِظَنِّ حِلٍ شُبْهَةٌ ، تُوجِبُ مهْرًا وَقِيمَةَ وَلَدِ) .

---

(١) وكان عنده عدد من النسوة يؤمن غشيانها معهن كأن كن أخوة أو بنات له : وإلاوضعت عند عدل أمين أوعند نسوة كذلك يؤمن غشيانها كما تقدم / م .

(٢) وفى ح « ويشهد لا ظاهر العدالة » .

أى ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة فقط ، فلا تصرف له فى الرهن ثم إن وطئ المرهونة فوطؤه زنا ولو أذن له الراهن فيه ، وَعَلِمَ التحريم ، ويلزمه به الْحَدّ لا المهر ، هذا إذا كانت عالمة مطاوعة ، فإن أكرهها لزمه الْحدّ والمهر ، وإن ادعى ظن الحل بالرهن نظرت فإن ادعاه بغير إذن فى الوطء لم يسقط عنه الحد إلا إذا كان قَرِيب عَهْدٍ بالإسلام ، أو نشأ فى بادية بعيدة عن المسلمين ، وإن ادعى الجهل بالتحريم مع إذْن الراهن فى الوطء صدق بيمينه ، لأن ذلك قد خفى على عطاء فكيف العوام ، فيكون شبهة تسقط الحد وتوجب المهر ويلحق به النسب وتوجب قيمة الولد .

وقوله : (فَإِنْ فَسَقَ مَن ائتمنَّاه أو ازداد فلكل طلب عَزْلِه) .

أى : إذا ائتمنا ثالثا باتفاقهما جاز سواءٌ كان عدلا أم لا ، ولم يكن لأحدهما أن يطلب عَزْلَه ، إلا إذا تغير حاله بفسق إن كان عدلا ، أو بزيادة فى الفسق إن كان فاسقاً ، ويلحق بذلك ما إذا أحدث بينه وبين أحدهما عداوة .

وقوله : (فإن رد لأحدهما ضمن) .

أى : فإن رد المؤتمن المرهون ، إلى أحدهما ضمن ، ويسترد منه إن كان باقياً وإن تلف وقد سلمه إلى الراهن ، فللمرتهن أن يطالب العدل والراهن بقيمته كلها ، ليكون رهنا ، والقرار على الراهن .

وقوله : (وهو وكيل للراهن ، ويبيع بإذنهما الأَوَّل) .

أى : إذا أذن المرتهن والراهن للعدل أن يبيع الرهن عند المحَل ، وشرطا ذلك جاز للعدل أن يبيع الرهن عند المحل على الأصح ، ويكفيه الإذن الأول ، وقال العراقيون ، لابد من تجديد الإذن من المرتهن ؛ لأنه ربما كان غرضه ، الإبراء أو المهلة ، ولا يلزم بيع المرهون وقال الإمام : لا يشترط إذن المرتهن ثم العدل وكيل للراهن ، إذا عزله انعزل ، ولا ينعزل بعزل المرتهن ، لكن إذا منعه من البيع افتقر إلى إذنه ، ولم يشترط تجديد إذن من الراهن ، ثم الثمن فى يد العدل ، من ضمان الراهن ، إلى أن يسلمه المرتهن ؛ لأنه ملك الراهن فى يد أمينة ، وإن خرج الثمن مستحقاً رجع بيد له عليها والقرار على الراهن ، إلاَّ إذا باع العدل بإذن الحاكم فإنه لا يكون طريقاً للضمان ، لأنه نائب الحاكم .

وقوله : (وعلى راهنه مُؤَنُهُ)

أى : يجب على الراهن مؤن الرهن التى بها بقاؤه ، كالنفقة والعلف ، وكسوة العبد والسقى والجذاذ فى الثمار ، وأُجرة الاصطبل والبيت الذى للحفظ إن لم يتبرع به المرتهن أو العدل .

وقوله : (ثم بَدَلَه إن أُتْلِفَ رهن ، لا أَن كَذَّب به المرتهنُ فإن كَذَّبَ الراهِنُ وقضى رد للمقر) .

أى : وبدل المرهون ، إذا تلف يصير رهنا وهو فى ذمة المتلف وإن كان الدين لا يجوز أن يكون رهنا ، لأنه يحتمل فى الدوام ما لا يحتمل فى الابتداء ، وهو إذا صدق المرتهن الجانى فى إتلافه

فإن كذبه لم يحكم بكونه مرهونا ولو صدقه الراهن ، وإن كذبه الراهن فللمرتهن الاستيفاء من البدل إن صدق فإن وفَّاه الراهن من ماله فعليه أَن يرد للمقر ما أَخذه ولو لم يفه ، ولكنه أَخذه ، من المقر وسلمه إلى المرتهن ، لم يكن للمقر الرجوع عليه ، لأَنه معترف بأَن لا حق له عنده .

وقوله : (وينفك بفَسْخِ مُرْتهن ، وفراغ ذمته ، وبيع وتلف وقتل بحق) .

أَى : الأَشياء التى ينفك بها الرهن بعد لزومه هى نحو ما أَشار إليه ، فإذا فسخ المرتهن الرهن انْفَكّ ، لأَنه جائز من جهته ، وإنما يلزم من جهة الراهن ، وينفك إذا فرغت ذمة الراهن من الدين ، بقضاءٍ أَو حوالة أَو إبراء ، ونحوه ، وينفك إذا بيع المرهون كما مر ، وينفك إذا تلف بآفة سماوية ، وينفك إذا جنى جناية توجب قتله فقتل فيكون كتالف بالآفة السماوية ، وقد ينفك ثم يعود رهنا بأَن يَعْتَاض عن دينه عينا ، ثم ينفسخ عقد الاعتياض بتلفها قبل القبض ونحوه ، فإنه يرجع رهنا لرجوع الدين .

وقوله : (وللسيد قِصَاصٌ وعفو ، لا أَرْشٌ إلاّ لموجبٍ ، كأَن قَتل عبدُه[1] ، وقدر هنا بدينين ، لاثنين أَو لواحد ، واختلف أَجل ، أَو زادت قيمة القاتل ، وأَفاد النقل أَو لم تزد ، ورُهِنَ بأَقَلَّ) .

---

(١) عبده المرهون عنده الآخر المرهون وهذا مثال لموجب الأرش لأنه قد تعلق حق مرتهن القتيل برقبة القاتل فيباع منه بقدر قيمة المقتول ويجعل الثمن رهناً مكان المقتول ، / ف .

أى : يثبت للسيد القصاص على عبده ، إذا جنى عليه أو على من يرثه أو على عبده الآخر ، ويبطل الرهن ، ويجوز أن يعفو ولا يثبت له أرش على عبده ، وإن عفا على مال أو جنى جناية توجب المال ، وقيل يجب ويستفيد به فكّه من الرهن ، وهو ضعيف ، نعم يجب له الأرش ، حيث عرض ، ولا يجوز للسيد العفو عنه ، وكذلك إذا كان له عبدان ، مرهونان بدينين الرجل فإنه يجب أرش عبده القَتيل فى رقبة القاتل ، يتعلق به مرتهن القتيل ، ويبطل به حق مرتهن القاتل ، وكذلك إذا كان الدينان لرجل واحد ، وأحدهما مؤجل سنة والآخر مؤجل شهراً ، أو حال ، فإنه يجب الأرش للسيد ليتعلق به حق المرتهن ، لأنه له غرضاً فى الاستيفاء فى الحال ، إن كان ما رهن به القتيل حالا ، وفى الاستيثاق للمؤجل فيطالبه بالحال إن كان ما رهن به القتيل مؤجلا ، فإن استوت قيمة العبدين وصفة الدَّيْنَيْن فى الحلول . وقدرهما ، فهو كما لو كانا مرهونين معه بدين واحد يهدر القتيل وتبطل فيه الوثيقة لأنه لا فائدة فى النقل وإن اختلف[1] ، قيمة العبدين ، نظرت ، فإن زادت قيمة القاتل بيع منه بقدر قيمة المقتول ، وصارت القيمة رهنا بالحق الذى كان مرهوناً به المقتول إن استوى الدَّيْنان ، أو كان الدين الذى رهن به المقتول أكثر فإن كان أقل مما رهن به القاتل ، نظرت ، فإن كان فى النقل فائدة كما إذا كانت قيمة المقتول مائة ، وهو مرهون بعشرة وقيمة القاتل مائتين وهو مرهون بعشرين ، فإنه

(١) الأولى وإن اختلفت قيمة ، / م .

يباع منه بقدر قيمة المقتول ، وهى مائة ، وتصير مرهونة بعشرة وتبقى مائة مرهونة بالعشرين ، فإن لم تكن فائدة كما إذا كان القاتل فى هذه الصورة مرهوناً بمائتين ، وإن لم تزد قيمة القاتل ، إمَّا بأَن استوت القيمتان ، أَوقيمة القتيل أَكثر ، نظرت ، فإن كان القتيل مرهونا بأَكثر الدينين بيع القاتل فى الجناية ، وصارت قيمته مرهونة بما رهن به القتيل وفائدته الرهن بأَكثر وإن كان القتيل مرهوناً بأَقل الديْنَيْن وقيمته أَكثر أَو مساوية ، فالجناية هدر ، لعدم الفائدة ، فى النقل ؛ لأَنا إذا بعنا العبد ، وقيمة المجنى عليه تستغرق قيمة القاتل ، ويبقى مرهوناً بأَقل الديْنَيْن فلا فائدة فى ذلك ، فالجناية تهدر ، فى ثلاث صور ، هاتين الصورتين ، والصورة المتقدمة فيما إذا استوى الدينان فى الصفات ، واستوتْ قيمة العبدَيْن ، ويوجب الأَرْش فى الخمس فى الصور السابقة على هاتين ، الصورتين ، وحيث قُلْنا بالنقل فالأَصح أَنه يباع الجانى ، أَو يباع قدر الجناية ويصير الثمن رهنا ، فإن لم يجد من يشترى البعض • أَو نقص بالتشقيص بيع الجميع وتعلق كل بما يخصه ، وقوله فى الحاوى : وللسيد القصاص أَو العفو والأَرش ليرهن بدل القتيل المرهون حيث عرض ، كأَن اختلف المرتهنان والدينان حُلُولاً أَو تأْجيلاً أَو قدرا والقتيل مرهون بأَكثرهما : فيه أُمور :

أَحدها : قوله والأَرش بعد قوله وللسيد القصاص والعفو مقتضاه ، أَنه يخير فى الجمع وليس كذلك ، بل الأَرش واجب لا يجوز له إسقاطه لتعلق المرتهن به .

الثانى : أنه لم يذكر ما إذا استوى الدينان وقيمة العبدين مختلفة فالحكم فى ذلك أن الأَرش إلا إذا كان القاتل أكثر قيمة .

الثالث : أن قوله أَو قدراً والقتيل رهن بأَكثرهما مقتضاه أَنه متى اختلف قدر الدينين والقتيل مرهون بأَقل الدينين ، أَنه يهدر الجناية مطلقا وليس كذلك ، بل قد ذكر الأَصحاب أَنه إذا كانت قيمة القاتل أَكثر ، أَنه يباع منه بقدر قيمة المقتول أَو يصير رهْناً مكان المقتول فيصير بعض القاتل مرهوناً بما على القتيل وبعضه مرهوناً على القاتل ، وهذا إذا كان هناك فائدة كما مثلنا فيما إذا كان قيمة المقتول مائة ورهن بعشرة وقيمة القاتل مائتين ورهن بعشرين نقل ، فإن لم تكن فائدة كما إذا كان القاتل فى هذه الصورة مرهوناً بمائتين ، وقد بينا أَنه لا ينقل ، لأَنه يصير مائة مرهونة بعشرة ، ومائة مرهونة بمائة ، فلا فائدة فى ذلك ، وقد أَطلق فى الروضة أَيضاً أَنه إذا كان قيمة القتيل أَقل ومرهون بأَقل الدينين أَنه لا ينقل ، إذْ لا فائدة وفيه الفائدة فى حالٍ دون حال كما ترى .

وقـوله : (وإنما يَنْفكُّ بَعْضٌ ، بتعددِ غريمٍ ، ومديونٍ ، ووارثِ تركةٍ ، غَيْرِ مرهونةٍ[1] وبتعدُّدِ عَقْدٍ ومُعِيرٍ بقصدٍ) .

---

(١) رهناً جعلياً ، فإذا أفدى أحد الورثة حصته منهابقضاء نصيبه من هذا الدين، مثلا المتعلق بها ، انفك نصيبه منها ، لأن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن ، فكأن الراهن متعدد وفيه إشكال وجواب ، ذكرتها فى الأصل ، أما المرهونة رهناً جعلياً ، بأن رهنها المورث فلا ينفك شىء منها بأداء بعض الورثة ، لأنهم خلفاؤه ، وهو متحد وقياسه أنه لو مات المرتهن عن ورثة ، متوفى الراهن أحدهم نصيبه ، لم ينفك من الرهن شىء ، وبحث ابن الرفعة الانفكاك أطال السبكى فى رده /ف

أى : إذا لزم الرهن فقضى بعض الدين لم ينفك شئ من الرهن ، بل لو بقى درهم كان الكل مرهوناً به إلا إن تعدد الغريم كما إذا رهن عبده من غريمَيْه فى صفقة ، فقضى أحدهما دَيْنَه انْفك نصيبه ، وكذا إذا تعدد المديون ، كما إذا رهناه عبدَيْهما صفقة كل بما عليه فقضى أَحدهما دينه انفكّ نصيبُه أَيضاً ، سواء قصد فكّ رهنه أَم لم يقصد شيئا ، وكذا إذا تعدد وارث التركة غير المرهونة وقلنا بالأَصح ، إن الدين لا يمنع الإرث ، فإذا أَدى بعض الورثة ما يخص نصيبه من الدين انفك نصيبُه منها على الأَصح ، بخلاف ما إذا كان المورث قد رهنها فإنه ليس لبعضهم أَن يُفْدى حصته على الأَصح ، أَما إذا رهن الورثة قبل القسمة ، فالملاك متعددون قبل الرهن فلكل فَكُّ نصيبه ، وكذلك ينفك البعض إذا تعدد العقد ، كما إذا رهن نصف عبده بعشرة ثم النصف الآخر بعشرة فى صفقة أُخرى والمرتهن واحد فإنه يقع على المرهون فى أَحد الصفقتَيْن إذا قصده ، وأَما إذا قصد الشيوع فلا وإنْ أَطلق قصد ما شاء ، وكذلك إذا تعدد المُعِيرُ فإن استعاره من اثنين عبدا مشتركا ليرهنه بدَيْن ، فأَدّى نصيب أَحدهما فإن كان قصد أَداءه من نصيب أَحدهما انْفك ، إلا إن قصد الشيوع ، فإن لم يَقْصِد قصَد[1] بعد ذلك ما شاء ، فإن مات فالوارث ، وإن فقد جعل بيْنَهُما ، وقوله فى الحاوى[2] : وإنما ينْفك البعض بتعدد

---

(١) جواب الشرط فى (فإن لم يقصد) أى فإن لم يقصد شيئاً وأطلق قصد بعد ذلك ماشاء من أدائه عن نصيب أحدهما فينفك الرهن أو يقصد الشيوع فلا ينفك الرهن .

(٢) وفى ح « وإنما ينفك البعض بتعدد العقد أو المستحق أومن عليه أو مالك العارية » .

العقد : ثم قال بعد ذلك : أو مالك العارية : وأَلْحَقَهما إذا تعدد الغريم والمديون والوارث ، وليس كذلك على الإطلاق ، بل ينْفَك البعض فى واحد منهما ، إلا إذا قصد الأداء عن حصّتهِ ، كما هو المعروف .

وقوله : (ولو أذن للمرتهن لم يبع إلا بحضوره ، فإن قال بعْهُ لى أَو لَكَ أو بعْه واستوف الثمن لك أولى ثم لك ، فسد ما للمرتهن) .

أى : اعلم أن الراهن إذا أذن للمرتهن فى بيع الرهن ، لم يكن له بَيْعُه إلا بحضور الراهن على الأصح لأنه متهم فى تعجيل البيع ، فإذا قال : الراهن للمرتهن بِعْه لى واستوف الثمن لنفسك صح البيع ، ولم يصح الاستيفاء ، فإن استوفاه صار مضموناً عليه ، وإن قال بِعْه لك واستوف الثمن لنفسك بطل الْبَيْع ؛ لأنه لا يمكن بَيْع مال غَيْره لنفسه ، وإن قال : بِعْه واستوف الثمن لنفسك ، فهو كما قال : بِعْه لى واستوف الثمن لنفسك : وإن قال بعْه لى واستوف الثمن لى ثم لنفسك صح البيع والاستيفاء للراهن ، ولم يصح الاستيفاء للمرتهن بالاتحاد والقابض والمقبض ، ثم هو قَبْل أن يستوفيه لنفسه أمانة فى يده ، فإذا استوفاه لنفسه بكيل ثان أو وزن جديد صار مضموناً لا إن استدام القبض ، وإن نوى به نفسه ، واعلم أن كل ما فعله المرتهن بإذن الراهن من هذه المسائل صحيح وما فعله لنفسه بإذن الراهن ، فهو فاسد ، وهو معنى قوله : فسد للمرتهن .

وقــوله : (وإن ادَّعَى ارتهان عبدِهِما ، بمائةٍ ، فصدقه واحد ، فنصيبه رهْنٌ بخمسين وتقبل شهادته على الْمُكذبِ ، فإِنْ أَنـكَرَ كلٌ حصته ، وشهد على الآخر قُبِلَتْ) .

أى : إذا كان له على رجلين مائة نصفين مثلا ، ولهما عبد ، فادعى أنهما رهناه العبد بدَيْنه عليهما ، فإن أَنكر فالقول قولهما وإن صدقه أَحدهما ، فَنَصيبُه رهن بخمسين ، فإن شهد له على الآخر قبلت شهادته على الآخر ، لأَنه غير متهم وَكُمِّلَتْ البيِّنةَ بشاهد آخر ، أَو بيمينه ، وإن أَنكر كل منهما وقال لم يرهن ، إلا صاحبى وشهد له عليه قبلت شهادته ، ولا يُعَدُّ اعتقاده كَذِبهما قادحا فى شهادتهما له ، لأَنه احتمال التأْويل بالنسيان ، أَو بأَن لهما عذر فى التسليم الآن فكذَّباه ، والْكِذْبَةُ الواحدة لا تقدح فى الشهادة ، وأَمَّا لو قال : كلٌّ ما رهنك منا أَحد ثم شَهِدَا له لم تسمع شهادتهما .

وقــوله : (وإِنْ ادَّعَيَا ، أَنه رَهَنَهُمَا عبْدَه ، فصَدّقَ واحدٌ ، ثبت له النصف وشهد للمكذِّب حَيْثُ لا شَرِكَة) .

أَى : ادعى رجلان على رجل ، أَنَّكَ رَهَنْتَنَا عبدَك ، بمائة مثلا ، فصدَّق فنصف العبد مرهون منه ، بخمسين ، فللمصدق أَن يشهد للمكذِّب ، إذا لم يكن شريكاً له على الأَصح ، فإن كان المال مُشاعًا بينهما لم تقبل للتُّهمَة .

التفليس

وقوله : (باب[١] : المفلس من زاد دينه الحال على ماله[٢] ، يحجر عليه بطلبه أو غريم أو لنحو طفل) .

أى : إذا زاد دَيْنُه الحال على مال المديون . صار مفلسا ، إذ المفلس عند الفقهاءِ من لا مال له يفى دينه ، ولو لم يكن له مال أصلا ، أو كان ولكن لم يزد عليه الدين لم يحجر عليه ؛ لعدم الحاجة ، ويلزم القاضى الحجر على المفلس إذا طلب منه المفلس أن يحجر عليه ؛ لأن له غرضاً فى الحجر على نفسه ؛ ليعلم حاله ، وَيُقَسَّمُ ماله فى غرمائه ، وإذا ثبت الفلس ، وسأل الحجر[٣] بقبض الغرماء فإن كان دينُه قدراً يُحْجر له أجيب ، وكذا دونه على الأصح ، فإن كان الدَّيْن الموجب للحجر لطفل أو مجنون أو مسجد أو جهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثه المسلمون وله مال على المفلس فإن الحاكم يحجر به من غير طلب .

وقوله : (من تصرف يُفَوِّتُ مالَه حياً)[٤]

---

(١) فى التفليس وهو لغة مصدر فلسه أى نسبة للإفلاس الذى هو مصدر أفلس أى صار فى حالة ليس معه فيها فلس وشرعاً جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف فى ماله بشرطه الآتى / ف وقيل معناه لغة من صار ماله فلوسا / م .

(٢) أى العينى المتمكن من الأداء منه فلا تعتبر المنفعة ونحو مغصوب وغائب / ف

(٣) والأصل فى ذلك ما رواه الدارقطنى والحاكم وقال صحيح الإسناد عن كعب بن مالك « أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ فى ماله وباعه فى دين كان عليه » وفى النهاية أنه كان بسؤال الغرماء ، ص ٢٤٤ حـ ٥ نيل الأوطار .

(٤) أى الإنشاء مبتدئاً كبيع وإعتاق منجز ورهن وكذا إبراء من مؤجل على المعتمد وشراء بعين ولو بإذن الغرماء أو منهم لتعلق حقهم العينى ، ف أى لتعلق حقهم بالعين كالرهن ، نعم يصح شراؤه بما يدفعه له الحاكم من نفقة .

أى : يحجر عليه من التصرف الذى يفوت ماله فى الحياة ، فلا حجر فيما لا يفوت مالا أَصْلًا كالطلاق والقصاص والعفو عنه ، وفيما لا يفوته بعد الموت كالتدبير والوصية ويصح نكاحه ، ولا يحجر عليه من التصرف المحصل للمال كالاحتطاب والاكتساب ، وقوله فى الحاوى[1] : من تصرف مالٍ . مفوت : لم يتعرض لاشتراط التفويت فى الحياة ، فَلْيُحْمل على أنه أَراد ذلك .

وقــوله : (وَصَحَّ فى ذمة ولو حالاً بغبن) .

أى : وصح التصرف من المفلس فى الذمة ، فإن اشترى فى ذمته أَو باع سَلَما صح تصرفه ، سواء اشترى حالا أَو مؤجلا ، وسواء عين أَم لا ، ثم هل لمعامله الخيار فيه ؟ أَوجه ، أَصَحُّها أَنه إنْ جهل ثبت له الخيار ، لا المضاربة مع الغرماءِ .

وقــوله : (وَيُرَدُّ بِخيَار بِعَيْبٍ إلا لغبطة) .

أى : إذا باع قبل الحجر بشرط الخيار ، فله أَن يفسخ البيع وإن كانت الغبطة فى إمضائه ، وإنْ وجد عيبا فيما كان قد اشتراه فليس له رده إلا إن كان فى الرد غبطة ، والفرق أَنَّ الملك فى مدة الخيار لم يستقر .

وقــوله : (ولا يَعْفُو عَنْ أَرْشِهِ)[2] .

---

(١) ح « حجر من تصرف مالى مفوت لافى الذمة ولو بحال عبناً كإقرار بدين معاملة » .
(٢) أى العيب القديم لحدوث عيب عنده لأنه تفويت / ف .

أى : إذا اشترى مَعِيبًا وتعذر ردُّه لعيب حادث وبذل البائع الأَرش لم يَجُزْ للمفلس أَن يعفو عنه لتعلق حق الغرماء ، فليحمل قوله فى الحاوى : وإن منعه عيب حادث ، لزم الأَرش على ذلك : ولا يقال يلزم حتى لا يبقى للبائع خيار إذا حصل تراض وإن كان اللفظ يقتضيه .

وقوله : (وَنَفَذ إِقْرَارُه ، لا بِدَيْنِ عَقْدٍ لاحقٍ فى حقِ غريمٍ) .

أَى : إقرار المفلس بما لا يضر الغُرَماء نافذ صحيح وكذا إن كان مضراً بالغرماءِ على الأَظهر ، ولا يستثنى من ذلك إلا إقراره بدَيْن معاملة لحقت كما إذا قال اشتريت منه بعد الحجر فإن الإقرار لا يقبل فى حق الغرماءِ ، وأَما العَيْن إذا أَقر بها لشخص فإنه يأْخذها مطلقاً ، وكذلك لو أَقر بجناية ، أَو إتلاف بعد الحجر فإنه يقبل فى حق الغرماءِ على المذهب .

وقوله : (وَلَا يَحْلِفُ غَرِيم ، إنْ نَكَلَ مُفْلِسٌ ، ووارثٌ ، ولا يَدَّعِى ولا يَقْبَلُ وَصيَّةً) .

أَى : إذا ادعى المفلس أَو وارثه دَيْنًا ، فردت عليه اليمين فنكل أَو أَقام شاهداً فنكل عن اليمين لم يحلف الغرماء ، وكذلك لا يثبتون الدعوى إن تركها المفلس ونحوه ، ولا يقبلون الوصية إن لم يَقْبَلْها هو أَو وارثه على الأَصح فى ذلك كله .

وقوله : (وَبَاعَ الْقَاضِى مَا ثَبتَ لَهُ سَرِيعًا بِحُضُورِه ، كَمُمْتَنِع عَنْ حَقٍّ ، وله إِكْراه ممتنع) .

أَى : لا حَبْس على المفلس بل يبادر القاضى أَنْ يبيع ماله لغُرمائه لكن لا يبيعه حتى يثبت أنه مِلْكُه ، لأَن بيع القاضى حكم بالملك ، ولا يكفى قول المفلس إنه ملكى ، ولا يفرط فى الإسراع بالبيع ليستقصى على الثمن ، ويستحب أَن يبيع بحضوره ، أَو حضور وكيله ؛ لأَنه أَطيب لقلبه ، وكذلك الممتنع امتثال أَمر القاضى فى بيع ماله لقضاء الدين ، لكن القاضى مخير فى هذا إن شاء باع مَالَهُ وإن شاء أكرهه على بيعه ، وقوله فى الحاوى : والقاضى يبيع ماله ومال المديون الممتنع : فيه أَمران :

أَحدهما : أَنه لم يشترط لبيع لقاضى الإِثبات بما تحت يد المفلس أَنه ملكه ، وذلك لابد منه كما نقله ابن الرفْعة عن الماوردى ، والقاضى حسين ، واستدركه ابن النحوى ، عن صاحب الحاوى ونقله المتأَخرون .

الثانى : قوله ومال المديون الممتنع فقصر الحكم على أَنه يَبيعُه كالمفلس ، والقاضى مخير بين أَن يكره الممتنع على البيع وبين أَن يبيع عليه ، كما نقله فى الروضة عن الأَصحاب

وقوله : وقسطه[1] فِيمن حَلّ دَيْنُه ، وإن لم يثبت حصرهم

---

(١) أى قسم الثمن على الغرماء لئلا يطول زمن الحجر ولا يفرط فى الاستعجال لئلا يطمع فيه بثمن بخس ويقدم فى البيع مايخاف فساده لئلا يضيع ثم الحيوان لحاجته للنفقة وكونه عرضة للهلاك ثم المنقول ثم العقار / م .

أى : ويقسطُ ما يحصل من الأَثمان على الديون ، الحالة[1] التى أَثبت بها ، ولا يكلفون الإِثبات ، بالحصر ، وفى وجه يكلفون ، وصورة الحصر أَن يقول الشهود ، لا نعلم غريما سواهم ، والمذهب أَنهم لا يكلفون ذلك ، وإِن كلفناه الورثة ، والفرق ، أَن الموجود قدعلمنا استحقاقه ، وشككنا فى مزاحم يخرجه عن كونه مستحقاً لهذا القدر ، فى الذمة ، ثم الغريم قد يبرىء ، ويعرض الورثة ، ما يخالفه فى جميع ذلك ، لأَنا لا نعلم استحقاقه لكل ذلك مع شكنا فيمن يزاحمه ؛ ولأَن إِعراضه وإِبراءه ، لا يبيحه لمن حضر وأَخذ .

وقوله : (ورجع بحصة دَيْن ظهر ، وبكل إِن اسْتُحِق مبيع القاضى) .

أى : إِذا قسم الموجود بين[2] الغرماءِ الموجودين ثم ظهر غريم ، لم يَنْقُض[3] القسمة ، بل يرجع على الغرماءِ بالحصة ، فإِن كان لرجلين مائة مائة ، وحصل بكل وآحد خمسون ، ثم ظهر غريم له مائة ، استرد من كل ثلث ما أَخذ ، نعم لو خرج ما باع القاضى من مال المفلس مُسْتَحَقًا فإِنه يرجع بالكل ، لئلا يرغب الناس عن شراءِ مال المفلس ، فكان تقديمه من مصالح الحجر ، كأُجرة الكيال ونحوه .

---

(١) أما المؤجلة فلا حجر بها مستقلة ولا تحسب من الدين المقابل بالمال ، ولايطالب صاحبه ولا يشارك عند القسمة على الغرماء فإن حل قبل القسمة شارك صاحبه الغرماء كما فى شرح الروض /م .

(٢) كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم فى دين معاذ لما قسمه بين الغرماء فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم « وقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم . ليس لكم إلا ذلك » يعنى الآن . حيث كان الموجود ما قسم /م .

(٣) وقيل تنقض القسمة قاله النووى فى المنهاج فيسترد القاضى منهم ما أخذوه ويستأنف القسمة /م .

وقـوله : (وأَنْفَق مدة حَجْر عليه ، وَمَئُونه ، وكساهم ، لا زَوْجة حَدَثَتْ ، بِعُرْفٍ من غير مَرْهُونٍ ، لا وَلَه كَسْبٌ لائق ، وإن فُكَّ ، لم يَتْرُكْ إلا قوت يَوْم وَسُكْنَاه ، ودَسْتُ ثَوْبٍ لائقٍ) .

أى : وأنفق القاضى على الْمُفْلِس وعلى من عليه مؤنَتُه من زوجة وقريب مدة الحجر من ماله ، إن لم يتعلق به حق كالمرهون والجانى والمحبوس بالثمن لم ينفق عليهم منه ، ولم يكن الإنفاق أقل ما يكفيهم فى العرف ، وإنما يصرف عليهم من ماله ، إذا لم يكن له كسب لائق يقوم بهم ، ولا ينفق على زوجة نكحها بعد الحجْر من ماله ، وإذا انْفَكَّ ، لم يترك من ماله إلا قوت يومه ، ولكل من المفلس بمونه وسكنى يوم ، ويترك لكل منهم دست[1] ثوب ، لائق بحاله ، فإن لم يكن موجودا اشتراه لهم ، من ماله ، فيترك له ما يليق بماله ، من قميص وسراويل ، وإن كان فى الشتاءِ ازْدَادَ جبة ، ويترك له العمامة والطيلسان[2] والْحُقَّ وذراعة يلبسها فوق القميص ، إن لاق به ذلك ، فإن تَعَوَّدَ لبس مالا يليق رُدَّ إلى اللائق إن أُسرف ، لا إن قتَّر ، ويترك لامرأته ما يليق بها ، وكذا مَنْ تلزمه نفقتهم هذا إذا وجب ، ولاَ يعْنِى أَنهم يزدادون ذلك بعد الحجر وهم فى غنى عنه والمسكن والفراش والخادم فيباع ؛ لأَن الفراش والخادم عنه غنى والمسكن يسهل استئجاره

---

(١) الدست من الثياب مايلبسه الإنسان ويكفيه لتردده فى حوائجه والجمع دسوت مثل فلس وفلوس ، والدست الصحراء .

(٢) من لباس العجم غطاء للرأس وقيل إنه معرب / م .

والثياب قل من أن يستأجره ، وقوله فى الحاوى : وينفق عليه وعلى من عليه مؤنته من الزوجة والقريب إن لم يكن له كسب : فيه ، أمور :

أحدها : أنه أطلق وجوب الإنفاق عليه من ماله مدة الحجر ، وذلك مخصوص بما إذا كان مطلقا ، فإن تعلق به حق الغير ، كما ذكرناه ، لم ينفق عليه منه ، هكذا نقله الأذرعى عن النهاية[1] فى المرهون ، وقال ابن الرفعة : القياس أن غير المرهون مما تعلق به حق الغير كالمرهون .

الثانى : أنه أطلق ذكر الزوجة وذلك مخصوص بمن تزوجها قبل الحجر ، أما من تزوجها بعده فلا ينفق عليها ، كما صرح به المتولى والرافعى فى كتاب النكاح ، ونقله الأذرعى ، وقرره وجزم به القمولى .

الثالث : قوله إن لم يكن له كسب محمول على الكسب اللائق ، أما إذا كان يجد كَسْبًا لا يليق به ، فإنه ينفق عليه من ماله .

وقـوله : (وَتُؤَجَّرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَقفٌ عليه ، لا نَفْسُهُ إلا فيما بَعدى[2]).

أى : إذا قسمت أمواله وبقى عليه دين وله وقف عليه وأم وَلَدٍ فالأصح أنه يُؤَجَّرُ الوقف وأم الولد ، لأن المنافع أموال كالأعيان ، ولا يؤجر الحاكم نفس المفلس ، لأنه لا يجب عليه تحصيل ما ليس حاصلا ألا تراه يجوز له أن يقتص وَيَعْفُو مجانا ، وإن كان يمكنه

---

(١) النهاية لإمام الحرمين راجع ص ١١٤ الربع الأول .

(٢) وبقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » آية ٢٨٠ من سورة البقرة .

العفو على مال ، وهذا إذا لم يلزمه الدين بِأَمر تعدى به ، أما لو غَصَبَ مالا أَو جنى جناية ، توجب المال فإنه يلزمه أَن يؤجر نفسه ، كذا ذكره الإسنوى عن ابن الصلاح[1] ، قال الإسنوى وهو واضح ، لأَن التوبة مما فعله واجبة وهى متوقفة فى حقوق الآدميين على الرد ، انتهى . قلت : التوبة واجبة على العبد ، فإذا تعلق بها حق آدمى ، فللْقاضى أَن يطالبه بما التوبة فيه متوقفة عليه ، بخلاف من اقترض فإنه لم يعص بوجوب الدين ، ولم يفرق فى الحاوى ، بين الدين العاصى بسببه وغيره ؟.

وقوله : (وَفَكُّهُ بِالْقَاضِى) .

أى : لا ينفك الْحَجْر على المفلس بالفراغ من قسمة أَمواله ، بنفسه ، بل لا ينفك إلا بالقاضى ، لاحتياجه إلى النظر والاجتهاد .

وقوله : (وَحُبِسَ لا لِوَلَدٍ ، مديونٌ عُهِدَ له مَالٌ ، حتى يُشْهِدَ بإعساره ، مع يمين طُلِبَتْ ، وإن لم يُعْهَد حُلِّف ، وَلِعِنَادٍ ضُرِبَ) .

أَى : المديون يحبس لما عليه من الدين ، إن عهد له مال ، وقال «مديون» ليشمل كل مديون وإن لم يكن مفلساً ، إلا إذا كان الغريم ولدا ، فالأَصح أَنه لا يحبس له والده ، كما صححه فى الروضة ، ونسبه الإمام[2] إلى المُعْظَم ، وقال فى الحاوى[3] : أَنه يحبس لولده :

---

(١) ابن الصلاح : عثمان بن عبد الرحمن بن موسى ابن أبى نصر الكردى الشهرزورى العلامة الشيخ تقى الدين أبو عمرو بن الصلاح أحد أئمة المسلمين فى عصره ولد سنة ٥٧٧ هـ وتوفى سنة ٦٤٣ وتنقل فى كثير من البلاد وله صيت ذائع فى كل مجال من العلوم ، ٥/١٣٧ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) إمام الحرمين .

(٣) وفى ح « وحبس المديون ولو لولده إلى ثبوت إعساره ببينة وحلفه إن طلب » .

وهو وجه صححه الغزالى ، والأَصح ما ذكرناه ، ولا يحبس إلا إن عهد له مال كمن اشترى فى الذمة ، فإن البَيْع الذى قبضه مَالٌ عهد به بخلاف دين الضمان ، والمهر والجناية وكل ما وجب لا فى مقابلة مال ، فالقول فيه قول المديون إنه معسر ، إلا أَن يعرف القاضى له مالا ، وكذلك لو وجب فى مقابلة مال لا يبقى كالخبْز واللحْم ، يتناوله للأَكل ؛ لأَنه معلوم التلف فإذا حبس لكونه عهد له مال أَو نكل عن اليمين لم يخرج من الحبس ، إلا إن شهد شاهدانِ بإعْسَاره ، فَإن قال صاحب الحق بعد قيام البيِّنة : أَحْلفوه أَنه لا مال له فى الباطن وَجَب إحْلافه ، فإن لم يطلب يمينه لم يَحْلِف على الأَصح ، وإذا ثبت إعْساره حرم حبْسه ، وإن علم له مال وأَخفاه عنادا ، أَو لم يَنْزَجِر بالحبس وزاد فى تْعزيره بما يراه من ضرب ونحوه .

وقوله : (وَوَكَلَ بِغَرِيبٍ مَنْ يَبْحَثُ لِيُظَنَّ إعْسَارُهُ فَيَشْهَدَ) .

أَى إذا كان المحبوس غريباً وكل به القاضى من يبحث عَنْ حاله وعن عيشه ومنقلبه ، فإن غلب على ظنه إعساره شهد به ، ولا ينبغى أَن يمهله الحاكم فيَخلد عليه الحبس .

وقوله : (ولغريم مُفْلِسٍ رُجُوعٌ فورًا إلى متاعه أَو بعضه للباقى فى دَيْنٍ معاوضةٍ محضة ، لا بَعْد حَجْرٍ علمه ، حالٌّ ، وقت رُجُوع إن لم يضمن بإِذْنٍ ، وإن قُدِّمَ به لا إن تَعَلَّقَ به حَقٌّ لازم ، أَو تخلل مِلْكُ غَيْرٍ) .

أَى : إذا حجر على المفلس وفى الغرماءِ من باع منه عَيْنًا ووجدها

باقية فى ملكه فله الرجوع لتعذر استيفاءِ الثمن ، فقوله : « لغريم مفلس» احترز عن غريم غير المفلس فإنه ليس لبائعه الرجوع فى العين . وقيل : يرجع إنْ تعذر تسليم الثمن بامتناع ونحوه ، وهذا الرجوع على الفور؛ لأَنه يثبت الدفع للضرر كالرد بالعيب ، وقوله : «فى دين » احترز به من العين ، فإذا اشترى عبدا بجارية ولم يسلم الجارية طولب بها ولا يرجع الغريم إلى العبد ، وقوله «معاوضة محضة» احتراز عن النكاح والخلع والصلح عن الدم ، فلا يثبت فيها الفسخ؛ لتعذر الرجوع فى المعوض ، فمن المعاوضة المحضة السَّلَم والإجارة ، فإذا أَسلم إليه ، وأَفلس ورأْس المال باقٍ رجع إليه ،فكذلك إذا أَجره داره فأَفلس المستأْجر رجع المؤجر إلى داره وفسخ الإجارة ، وإن أَفلس المؤجر لم يتعرض المستأْجر فى الدار ، فلو كان الأَجير ملتزماً فى ذمته عملاً ، وأَفلس والأُجرة فى يده رجع فيها المستأْجر ، وإلا صار بخلاف ما إذا استأْجر عينه ، وإنما يرجع فى العين إذا لم يكن له بالدين ضامن غير مفلس ، وإن كان له ضامن نظرت ، فإن ضمن بإذن المفلس لم يرجع ؛ لأَن وصوله إلى حقه من الضامن كوصوله إلى حقه من المضمون عنه ، كما ذكره فى العزيز والتتمة[1] ، ونقله الأَذرعى عنهما ، وهو المفهوم من الروضة[2] ؛ لأَن ذكر وجهين فيما إذا ضمن عنه بغير إذن ، فأَفهم أَنه إذا ضمن بإذن لم يرجع قطعاً ، وإن ضمن بغير إذن ، ففيه وجهان ، والفرق أَن الضامن هنا متبرع لا رجوع له ، فإن كان الغريم قد استوفى بعض

---

(١) التتمة للمتولى . والعزيز (فتح العزيز) للرافعى شرح الوجيز للغزالى .

(٢) الروضة للنووى مختصر شرح الوجيز (فتح العزيز)

ثمن المبيع وبقى بعضه رجع بحصته من العين ، ثم لا يرجع فيها إلا إذا كان دينُه حالا ، ولا يشترط حلوله قبل الحجر ، بل ما حل من الدين بعد الحجر ، وَلِوَقْت الرجوع فله حكم الحال قبل الحجر وله أن يرجع ، ولو قال : الغرماءُ : نحن نقدمك بالثمن ونعطيكه من غير نقص ؛ لأنه لا يُؤْمن من ظهور غريم آخر يزاحمه ، وإنما يرجع فى المتاع إذا عاوضه بهذا الدين قبل الحجر أو بعد الحجر ، وهو جاهل ما عاوضه بعد الحجر ، وقد علم بالحجرِ ، فلا رجوع له ، بل الغرماء أحق به ؛ لأنه المعول ، ولا يرجع فى المتاع أيضا إذا تعلق به حق لازم ، فإن جنى المبيع أو رهن أو استولد الأمة ، أو كاتب الرقيق فلا رجوع ، وكذا إذا أَجَّره إلا إذا رضى به مسلوب المنفعة ، واحترز بقوله لازم من التدبير والعتق بالصِّفة وكذلك لارجوع ، إلاَّ إذا كانت العين باقية فى ملكه منه ، ولو زال الملك فيها ببيع ونحوه ثم عاد إليه ، فالأَصح أنه لا يرجع ، وفى قوله «ولغريم مفلس» ، غِنىً عن قوله : فى الحاوى تَعَذَّرَ بالإِفْلَاسِ : وقوله فى الحاوى[1] : ولصاحبه ، الرجوع ، إلى قوله : ولو بالعود إليه : فيه أمران :

أحدهما : أنه واجب له الرجوع مطلقاً ، وإنما يجب إذا لم يكن له بالمال ضامِن ، بالإذن كما بينا .

الثانى : أنه واجب له الرجوع وإن كان قد زال ملكه عنه ثم عاد ، والذى صححه النووى ، من زيادته فى الروضة ، أنه لا يرجع

---

(١) فى ح « ولصاحبه فى المعاوضة المحضة لا حال الحجر بالعلم الرجوع إلى متاعه على الفور » .

ونقله عنه صاحب[1] المهمات ، وأقرّه عليه .

وقوله : (بفسختُ البَيْعَ رفَعْتُه ، ونحوه ، لابوطء وتصرف) .

أى : رجوع الغريم يكون بالفسخ كفسخت البيع ونقضته رفعته وأبطلته ، وما أشبهه ، فلو وطئ الجارية أو باعها مثلا أو أعتقها لم ينفذ ولم يكن فسخا ، ولا يحتاج فى الفسخ إلى الحاكم ؛ لأنه ثابت بالسنة كخيار العتق .

وقوله : (بزائد لا حَادِث انفصل أو أبّرَه ، وسلم قيمة ولد الأَمة أو بيعا وأخذ حصتها) .

أى : ولغريم أن يرجع فى عين متاعه بالزوائد المتصلة كالسِّمَنِ والكسب وكذا الحمل المجنن[2] والثمرة غير المؤبرة ، لا الحادثات فى يد المفلس على الأصح ، فإن كانا موجودين ، حالة الشراء فَقَطْعا ، وإن انفصل وَتَأَبَّرَت الثمرة فى يدالمفلس ، وكانا موجودين فى حالة العقد ، فالأصح أن البائع يرجع فيهما ، وإن كانا حادثين بعده فهما للمفلس ، لكن الأَمَة لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها ، فيأخذ البائع بالقيمة إن شاء ، ولا يقدم عليه غيره ، وإلا بيعا معا ، وأخذ حصة الأُم ، ويعرف ذلك بتقويمهما معاً ، ثم تقويمها وحدها وهى ذات ولد ، فإن كانت قيمتهما معا مائة وعشرين ، وقيمتها وحدها مائة فحصة الأُم مائة ، والولد عشرون ، فيخص الولد سدس الثمن ، والأُم

---

(١) المهمات للإسنوى .

(٢) أى الحمل يصير جنيناً / م .

خمسة أَسْداسه ، وقوله فى الحاوى : لا المؤبرة إلى قوله : وخص بقيمة الأُم ، فيه أَمران :

أَحدهما : قوله المؤبرة أَطلق أَن البائع لا يرجع إلى الثمرة المؤبرة ، فى يد المفلس ، والصحيح أنه يرجع فيها إذا كانت موجودة حال العقد .

الثانى : قوله : وخص بقيمة الأُم ، اعترض عليه صراحة ، قالوا : وكان الأَحسن أَن يقول بحصة الأُم .

وقوله : (ويرجع وإن زوجت ، وتفرخ ، وخُلِطَ الزيت لا بأَجود ، أَو غير جنس) .

أَى : وللبائع الرجوع فى الأَمة وإن زوجها المفلس ، وكذا فى البيض وإن تفرخ ، والبذر وإن زرع على الأَصح ؛ لأَنها زيادة فى عين ماله وكذا فى الْوَدْىِ يصير نخلا ، وكذلك إذا خلط زيتا وطعاماً بمثله أَو بأَردأَ منه رجع بمثل مِلْكِيَّتِهِ ، أَو ترك وضارب وليس له طلب البيع ، فإن قيل : ما الفرق بينه وبين الْمَغْصُوب حيث جعلتموه بالخلطة، كالتالف، قلنا : الفرق أَن الغاصب موسر يلزمه القيمة بتمامها ، وهنا البائع إذا ضارب لا يصل إلى حقِّه بتمامه وإن خلطه بأَجود منه أَو بجنس آخر لم يستحق المضاربة ؛ لما فى الرجوع من الإضرار بالمفلس .

وقوله : (بلا أَرش ، نعم يضارب بِنَقْصِ عَيْبٍ يُغْرَمُ للمفلس ، وبحصة تالف يُفْرَدُ بقَصْد كزيت أُغْلِىَ) .

أى : وإذا رجع على عين ماله ووجده ناقصاً ، نظرت ، فإن كان النقصان مما لا يُفْرَد بعقد ، وهو النقصان الموجب للأَرش كقطع يد العبد وعماه ، نظرت فإن كان بآفة سماوية أَو بفعل المفلس فلا أَرش يطالب به ، بل يرجع فيه ناقصاً ، أَو يضارب وإن كان بجناية الأَجنبى ، وجب للمفلس فيها الأَرش المقدر ، وللبائع أَرش النقص فقط ، منسوباً إلى الثمَن ، وإن كان بجناية البائع ، نظرت ، فإن كان قبل القبض فهو من ضمانه فلا أَرش له ، وإن كان بعده فله أَرش النقص وعليْه الأَرش المقدر للمفلس ، فخرج بقوله يضارب بنقص عيب يغرم للمفلس ما كان بآفة سماوية ، أَو بجناية المفلس أَو البائع قبل القبض ، ودخل فيه جناية الأَجنبى والبائع بعد القبض؛ لأَنها تغرم للمفلس ، وإن كان النقصان مما يفرد بالعقد ، كما إذا باعه النخل والثمرة فتلفت ، فإنه ينفسخ البيع فى الثمرة التالفة ويرجع فى النخل بحصته من الثمن ، وكذلك الزيت إذا أَغلاه المفلس ، فالأَصح أَن الناقص منه كالتالف ، وقوله فى الحاوى[1] : بلا أَرش نقص لا بجناية أَو أَجنبى : أَى لا بجناية البائع ، وليس ذلك على إطلاقه ، بل ذلك إن كان بعد القبض ، وأَما قبله فلا ؛ لأَنه لا يغرم للمفلس، وقد بيَّناه أَولا .

وقوله : (واعْتُبر للنسبة ، أَقل قيمتيه ، بِعَقْد وَقَبْضٍ ، وأَكثرهما لباقٍ) .

مثال ذلك اشترى نخلا وثمرته ، وقيمته يومَ العقد مائة وخمسون ،

---

(١) وفى ح « وخلط الزيت لا بأجود بلا أرش نقص لابجنايته أو أجنبى أو بما يفرد بالعقد كزيت غل » .

وقيمة الثمرة من ذلك خمسون ، فإن تلفت ، ولم يحصل فى القيم تفاوت ضارب بالثلث ، ولو زادت قيمة الثمرة ، فبلغت يوم القبض مائة ، فهو كما لو لم يزد ؛ لأنك تنسب إلى أقل قيمتَيْهما وإلى أكثر قيمتى الباقى ، وإن نقصت فبلغت خمسة وعشرين ، أَضَفْتَهَا إلى المائة ، ونسبتها إلى الجملة فنجدها خمسها ، فيضارب بخمس الثمن ، فلو بلغت قيمة النخل مائتين ، أضفت الخمسة والعشرين إليها ، وبنسبتها فتجدها تسعها ، فيضارب بتسع الثمن ، فإن نقصت قيمة النخل فهو كما لو لم ينقص .

وقوله : (وإن باع عينين ، فله رجوع فى إحداهما) .

أى : إذا اشترى المفلس عبدين بمائة مثلا وكانا مُسْتَوِيَى القيمة ، أو أحدهما أكثر فله الرجوع فى أحدهما ، سواء تلف أحدهما أم لا ، وسواء قبض حصته أم لا ، وقد أخذ منه البائع قدر حصته التالف ممن أخذ نصف الثمن ، تعين عليه أن يجعلهما متساويين .

وقوله : (فإن بنى وغرس ، ولم يَرْضَ المفْلِسُ ، وغُرَمَاؤُه ، القلع ، تملك بقيمة ، أو قلع بأرش ، وإن رضى بعض فالأصلح)[1] .

أى : إذا رجع بائع الأرض وقد غرس المفلس وبنى ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على قلع البناء والغراس قُلِعَا ، وسويت الحفر من مال المفلس ، فإن امتنعوا من القلع ، فلمن رجع فى الأرض أن يتملك

---

(١) لهم هو الذى يفعل ، وإذا أفلس المستأجر ، وحجر عليه فللمؤجر فسخ الإجارة ، كما مر تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان / ف .

البناء والغراس بقيمتهما ، وإن شاءوا أن يقلع ويغرم المفلس أَرْشَ النقص ، وإن اختلفوا أعنى المفلس والغرماء ، فرضى بعضهم بالقلع دون بعض عمل بالأصلح ، وقوله فى الحاوى : ولو بنى وغرس واتفق الغرماء والمفلس على القلع قلع ، وإن امتنعوا رجع وتملك ، ومقتضاه ، أنه إذا اتفق الغرماء والمفلس على القلع قلعوا ، ولو قبل رجوعه فى الأرض بدليل قوله : وإن امتنعوا رجع وتملك ، قال بعضهم : والظاهر أن هذا القلع إنما يكون رجوعه فى الأرض وهو قضية كلام الغزالى ، انتهى . وحمل كلام الحاوى على الجواز ، حاز على قاعدة : فإن قبل الرجوع ملك المفلس وإنما حجر لأجل الغرماء فإن اتفقوا على قطعه قلع ، وإن لم يكن للمصلحة ؛ لأن الأصلح يتبع إذا اختلفوا .

وقوله : (وبلّغَ مؤجر وبائع رجعا مأمنا ، وكذا حصاداً برضى كل ، لا نَقْصٍ ، إلا إن ضاع بقطعه بأَجْر المؤجر وقدم به كمصالح الحجر) .

أى : وإذا أفلس مستأجر الدابة ، أو مشتريها ، وعليها متاع ، ففسخ البائع أو المؤجر ، وهو فى البادية فعليه حمل المتاع إلى المأمن ، وكذا إذا أفلس مشترى الأرض ، أو مكتريها بعد ما زرعها ، واتفق الغُرمَاء والمفلس على تركه إلى الحصاد وجب تركه ، وكذا إذا اختلفوا فأراد بعضهم القطع دون البعض ولم يكن للمقطوع قيمة ، فإن كان له قيمة أجيب من يدعو إلى القطع ؛ إذْ ليس عليه تنمية مَالِهِم ولاعليهم الصبر إلى أن ينمى ماله . ويجب للمؤجر فى الحمل إلى المأمن والإبقاء

إلى الحصاد أَجرة المثل يقدم بها على الغرماء ؛ لأَنها من مصالح الحجر ومصالحه مقدمة كأُجرة الكيال ونحوه ، والأُجرة للبائع فى الحالين؛ لأَن البائع مورد عَقْده العين وهو يصير إليها بالفسخ ولم يأخذ أَجرة ، ومورد عقد الإجارة المنفعة ، فإذا منع من استيفائها ومن أَخذ بدلها لم تحصل بالفسخ فائدة ، ولم تعد إليه المنفعة ، وقوله فى الحاوى : وفى الإجارة نقل إلى مأمن وترك زرعه بأَجر مقدم كمصالح الحجر لا فى البيع ، فيه أَمران :

أَحدهما : أن قوله : وفى الإجارة نقل إلى مأمن وترك بأجر لا فى البيع ، يوهم أَن حكم البيع مخالف لحكم الإجارة ، وفى وجوب النقل وترك الزرع وفى الأُجرة وليس كذلك ، بل حكمهما فى وجوب النقل إلى المأمن وإبقاء الزرع واحد ، وإنما يختلفان فى وجوب الأُجرة ، فلا يجب لإبقاء الزرع أُجرة ، فى مسأَلة البيع كما ذكرناه أَولا .

الثانى : أَنه واجب على صاحب الأَرض إبقاء الزرع إلى الحصاد مطلقاً ، وليس على إطلاقه ، بل لابد من التفصيل الذى ذكرناه ، كما فى العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (وإن صَبَغَ ثَوْباً أَو عَمَلٍ به مُحْتَرماً كقصارة ، شارك بما زاد) .

أَى : إذا اشترى ثوباً ثم صبغه وأَفلس ، فإن لم تزد قيمته بالصبغ فلا شىء للمفلس ، وإن نقصت فلا شىء للبائع ، وإن زادت قيمة الثوب بالصبغ ، نظرت ، فإن زادت قيمة الصبغ فإن كانت

قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة فبلغ خمسة عشر ، فهما شريكان ، وإن نقصت الزيادة عن قيمة الصبغ فبلغت القيمة اثنا عشر مثلا دخل النقص على الصبغ ، ويشارك بالزائد عن قيمة الثوب فقط ، وإن زادت على قيمتهما ، بأَن بلغت قيمته مصبوغاً عشرين فالأَصح أَن الزيادة كلها للمفلس فيقسمان الثمن نصفين ، وكذلك إذا عمل عملا محترماً كقصارة الثوب ورياضة الدابة وطحن الحنطة فالأَصح أَن ذلك كله عين كالصبغ ، لا أَثر كالسِّمَنِ فيكون حكمها كحكم الصبغ ، وإن كانت الزيادة غير محترمة ، كتعليم ضرب الأَوتار ونحوه ، فكالسّمن لا يشارك بها المفلس .

وقــوله : (وهى رهْنٌ بـأُجرة قصار فسخ) .

أَى : إذا حجر على المفلس وقد استأجر قصاراً على ثوب نظرت : فإن طالب القصار بأُجرته ضارب مع الغرماء ، وإن فسخ الإِجارة ورجع إلى عمله ، فإن القصارة تصير هنا بأُجرته فيقدم بأُجرته من زائد القصارة ، فإن زادت على أُجرته أَو ساوتها اسْتَوْفى حقه وإلا ضارب بما بقى له ، وهذا معنى قوله وهى رهن بأُجرتها ؛ لأَن هذا حكم المرهون .

وقــوله : (ولكل قصار حبس الثوب ، عند عدل لأَجره ، وسقط بتلفه فى يده) .

أَى : اعلم أَن هاتين المسأَلتين لا تعلق لهما بالمفلس ، بل من قصَّر ثوباً أَو خاط قميصاً ونحو ذلك فله على الأَصح حبس ما عمل

فيه للأُجرة ، وليس كحبس البائع المبيع للثمن ، بل يوضع عند عدل ، وإن تلف مثلا الثوب الذى عمل به ، قبل تسليمه سقطت الأُجرة ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وقد أَطلق فى الحاوى[1] : أَن للقصار الحبس ، وليس على إطلاقه ، بل المراد ، أَن له وضعه عند عدل كما صححه فى الروضة ، ونقله عن نص الشافعى فى الأُم وجماعة من الأَصحاب .

---

(١) فى ح « وللقصار الحبس وسقط الأجر بالتلف فى يده والقصارة رهن بالأجر إن فسخ » .

الحجر

وقـوله : (باب[1] حَجْر جُنونٍ إلى إفاقةٍ ، وصبىٍّ إلى بلوغ بخمس عشرة أو إمناء أو حَيْضٍ لتسعٍ أو حَبَلٍ ، ودليله فى كافر خشونة عانة ، وصُدِّقَ بيمينه ، لا لإِسْقَاط جِزْيَة[2] أنه استعجله) .

أى : اعلم أن المراد من هذا الباب ، الحجر[3] الذى هو لمصلحة المحجور عليه ، وموجبه ثلاثة أشياء ، الجنون والصبى والسَّفه ، أما الحجر لمصلحة الغير ، فمذكور فى أبوابه كحجر الفلس والمرض ، والرهن لأَجل الثمن ، والرِّق والمجنون محجور عليه إلى الإفاقة ، ويزول بزواله ، ويعود بعوده ، وحجز الصبى إلى البلوغ بالسن وهو استكمال ، خمس عشرة سنة قمرية تحديداً ، لا تقريباً ، لحديث[4] « ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أنه عرض لجيش لأَربع عشر ، فلم يجزه صلى الله عليه وسلم ، ثم عرض وهو ابن خمس عشرة فأَجازه ،

---

(١) فى الحجر بفتح الحاء وهو لغة : المنع ، وشرعاً : المنع من التصرفات المالية ، وشرع إما لمصلحة النفس والغير كالمكاتب أو الغير فقط ، كالمفلس للغرماء ، والراهن للمرتهن ، والمرهون ، ونحو المريض ، للورثة فى ثلثى ماله والعبد للسيد والمرتد للمسلمين ، أو النفس فقط وهو حجر المجنون والصبى والسفيه ، وكل أعم مما يليه وهذا هو المقصود بالباب /ف .

(٢) لو كان من أولاد أهل الذمة ، وطولب بها ، والفرق باحتياط لحفظ المال على المسلمين ، فى الحالين ويجب تحليفه فى الأولى إذا زاده ، وكيفيته /ف .

(٣) دليله من الكتاب قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح . . فادفعوا » الآية ٦ من سورة النساء وقوله تعالى : « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً » الآية ٢٨٢ من سورة البقرة /م .

(٤) وحديث ابن عمر عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم الحديث رواه ابن حبان وأصله فى الصحيحين ، ومعنى لم يجزنى أى لم يأذن لى بالخروج للقتال ، وقيل لم يسهم لى ، ومعنى فأجازنى أى سمح لى بالخروج للقتال وقيل أسهم لى ، واعترض بأنه ليس فى موقعة الخندق غنيمة . وأجيب بأنى ممن يستحق السهم ص ٤٦ ـ ٣ بلوغ المرام .

قال وأرانى قد بلغت » وبالاحتلام لقوله تعالى[1] : «وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا » الآية ، والمراد خروج المنى ، ويدخل إمكانه باستكمال تسع سنين ، كالحيض فهذان يشترك فيهما الرجال والنساء ، وتختص النساء بالحيض ، والحبل ، فإذا حاضت فقد بلغت لحديث[2] « لا يقبل الله صلاة حائضٍ إلا بخمار » وكذلك الْحَبَلُ ؛ لأنه مسبوق بالإنزال ، لكن الولد لا يستيقن ما لم تضعه فإذا وضعت حكمنا ببلوغها قبله بستة أشهر وشىء ، وإن كانت مطلقة وأتته بولد يلحق الزوج لستة أشهر فأكثر ، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق ، وإن أمْنَى المشكل من ذكره وحاض من فرجه حكمنا ببلوغه على الأصح ، لا إذا أتى بهما أو بأحدهما من فرجه عند الجمهور ، وإما إنبات العانة فيستدل به على بلوغ الكافر على الأظهر ؛ لأنهم كانوا يكشفون عورة المراهقين ، فمن أنبت[3] منهم قتل ومن لم ينبت جعل فى الذرارى ، ثم المصير خشنا يحتاج لحلق ، وأما الشعر الضعيف فَزَغَبٌ[4] يوجد فى الصغير فلا أثر له ولا يقضى به بلوغ فى حق المسلمين ، لأن قول الآباء ونحوهم يقبل فيهم ، والتواريخ الدالة تسهل فى حقهم ، وليس هو بلوغاً فى نفسه ؛ لأنه يستعجل بالدواءِ وربما يستعجله المسلم لدفع الحجر عنه ،

---

(١) آية ٥٩ من سورة النور ، وقيل البلوغ بالاحتلام .

(٢) رواه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله تعالى عنها ص ٦٧ ح ٢ نيل الأوطار .

(٣) يشير بذلك إلى ماجاء فى حديث عطية القرظى قال : كنت من سبى قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل ، فكشفوا عانتى فوجدوها لم تنبت فجعلونى فى السبى ، رواه ابن حبان، وقال الحاكم إنه على شرط الشيخين والترمذى حسن صحيح ، ص ٢٤٨ ح ٥ نيل الأوطار .

(٤) الزغب بفتحتين : صغار الشعر ولينه حين يبلو من الصبى والزغب أيضاً الريش أول ماينبت ودقاقه أيضاً /م .

والكافر لا يستعيد باستعجاله إلا القتل والجزية . وقوله فى الحاوى[1] : المجنون محجور إلى الإفاقة إلى قوله وحُلِّف إن قال استعجَلَتهُ بالدواء فيه أمور :

أحدها : أَنه جعل الحُلُمَ بلوغاً ولم يبين سِنَّه ، والصحيح أَن سِنّه سن الحيض تِسع سنين ، كما ذكرناه فى الروضة .

الثانى : أَنه عد الإِنْبات بلوغاً فى حق الكافر ، والأَصح أَنه ليس ببلوغ ، بل هو دليل عليه .

الثالث : أَنه جعل مطلق الإِنْبات بلوغاً ، ولابد من تخصيصه بالخشن منه ، وأَما الزَغَب والضعيف فإِنه يوجد فى الصغير ، ولاعِبْرة بشعر الإِبط والشارب واللحية على الأَصح ، لأَن وجودها فى هذا السن نادرٌ[2] ولا عِبْرَةَ بالنادر ، والعانة يقارب نبَاتها البلوغ غالباً .

الرابع : بأَنه قضى لِلكافر إذا ادعى استعجال الإِنبات وحلف قُبِل منه مطلقا ، وهو لا يقبل فى إِسقاط الجزية ، وإِن قُبل فى حق القتل كما ذكره فى التتمة ، ونقله عنها القمولى ، وقطع به

---

(١) ح « المجنون محجور إلى الإفاقة والطفل إلى البلوغ بخمس عشرة سنة أو الحلم أو الحيض والحبل وإنبات العانة لطفل الكفار وحلف إن قال استعجلته بالدواء . »

(٢) وقد يوجد فى الصغير وغيره فلا يصح أن يكون علامة ، قالوا والخشن علامة البلوغ ليس فى الرجل فقط وإنما يشمل الأنثى وغيره كالخنثى أيضاً ، فإذا وجد الشعر الخشن حول فرجيه كان علامة على البلوغ /م .

الأذرعى ونقله ابن الرفعة عن العبادى[1] والكفاية .

وقوله : (ثم يصح إسلام وتصرف ، لا فى مالٍ ، غير وصيّةٍ ، وتدبيرٍ وصلح عن قصاصٍ ، ولا إقرارٌ به إلى صلاحه دِينًا وَدُنْيا ، ومُيّز ندباً عن أَهْلِه مُمَيّزٌ أَسلم) .

أى : إذا ارتفع الحجر بالبلوغ ثم أسلم صح إسلامه وأما قبل البلوغ فلا يصح إسلامه ، وكذا يصح منه ما سوى التصرف فى المال مطلقاً ، وأما التصرف فى المال فلا يصح إلا من البالغ الرشيد المصلح لدينه وَدُنْيَاه ، ولا يوقف جواز تصرفه على الرشد ، وتصح منه الوصية والتدبير ؛ لأنه لا ضرر عليه فى ذلك ، ويصح منه الصلح عن القصاص ولو بأكثر من الدية ، صيانة لنفسه وعضوه والعفو عنه مجاناً ، ولا يصح إقراره بالتصرف المالى كما لا يصح إنشاؤه ، ولا بما يوجب المال ، فإن أقر بسرقة قبل إقراره فى القطع لا المال ، فإن أسلم الصبى المميز فرق بينه وبين أهله لئلا يفتنوه ، وهذا التفريق مستحب ، لا واجب على الأصح كما ذكره فى الروضة فى أول باب اللقيط ، وقوله فى الحاوى : من الإيمان وغيره ، وإقرار به ، فيه أمور :

---

(١) العبادى : محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد الهروى الإمام الجليل القاضى أبو عاصم العبادى صاحب « الزيادات » و « المبسوط » و « الهادى » و « أدب القضاء » الذى شرحه أبوسعد الهروى فى كتاب « الإشراف على غوامض الحكومات » وله أيضاً « طبقات الفقهاء » ولد سنة ٣٧٥هـ خمس وسبعين وثلاث مائة وأخذ العلم عن أربعة القاضى أبو منصور محمد بن محمد الأزدى والأستاذ أبى طاهر الزيادى وأبى إسحاق الأسفرايينى بنسابور . والقاضى أبو عمر البسطامى وكان أبرع علماء عصره فى غزارة العلم ونكت الفقه والإحاطة بغرائبه توفى سنة ٤٥٨ هـ ، ج ٣/٤٢ طبقات

أحدها : أنه أطلق الحجر على الصبي من الإيمان وغيره وليس الصبي محجورا عليه فى العبادات ولا فى النهى عن المنكر ، بل يثاب على ذلك كله ، ولا فى حمل الهدية والإذن كما هو مذكور فى أبوابه .

الثانى : أنه أطلق إبعاد المميز عن أهله ، ولم يبين أنه واجب أو مستحَبٌّ ، والأصح أنه مستحب كما بيناه .

الثالث : أنه لم يستثن من التصرف إلاَّ الوصيةوالتدبير ، وذكره فى العزيز والروضة والغزالى ، وغيره ، أن له أن يصالح عن القصاص ، ولو بأكثر من الدية صيانة من الجراح .

وقوله : (وتصرَّف أَبٌ ثمجدٌ ، ثم وَصِيٌّ ، ثم قاض بغبطة ، ولو فى شُفْعَة ، لا قصاصٍ وعِتْقٍ وطلاقٍ) .

أى : ويتصرف فى مال المجنون والصبى الأب والجد وهو أب الأب ، وإن علا ، ولا ولاية للأم[1] ، ثم الوصى وهو وصى الأب أو الجد ، فإن فُقدوا فالقاضى ، أو من ينصبه ، ويجب أن يكون هذا التصرف بالغِبْطَة فيشترى له العقار ، وهو أولى من التجارة ، إلا إن كان فى العقار خراج أو جور لا غبطة فيه معه فلا يشتريه ويبنى لهما بالآجر والطين لا اللبن والجص ، ولا يبيع عقاره إلا لحاجة ؛ أَوْ لِغِبْطَةٍ ، وإذا باع الأب أو الجد عقاره ورفع إلى الحاكم سجل بيعه ،

---

(١) وقيل تلى بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما ، قاله شارح المنهاج للنووى /م .

ولا يكلفه إثبات الغبطة ، بخلاف الوصى والأمين ، لأن الوالد غير متهم ، ويتصرف بالغبطة ولو فى الشُّفْعَة ، فإن وجد للطفل مصلحة شفع وإلا ترك ، فلو ترك المصلحة ثم بلغ الصبى وأراد الأخذ لم يكن له ذلك على الأصح ، كما ليس له نقض شُفعة أَخذ بها بالمصلحة ، ولا يتصرف للطفل فى قصاص ولا عفو عنه ، ولا فى عتق رقيقهِ ولا كتابته ولا هبة ماله ، ولا تَطْلِيق زَوْجته .

وقوله : (ويَجبُ حِفْظُ وَتَنْمِية ، قَدْرَ المُؤَن ، وبيْع وشراء ، بغَبْطةِ ، وقدَّم نفسه ، وإن تبرم اسْتَأْجَر) .

أى : ويجب على الولى حفظ مال الطفل والمجنون والسفيه ، وعليه أَن ينميه قدراً لا تأْكله معه النفقة والمؤن ولا تجب المبالغة فى ذلك ، وإذا طلب بيع متاعه بغبطة أَو وجد له ما يشترى وفيه غبطة لزمه البيع ، وكذا الاشتراء إلاَّ إذا أَراد لنفسه ، فإن له أَن يقدم لنفسه ، وإن تَبَرَّم الولى من حفظ المال والتصرف فيه فله أَن يستأْجر من يتولاه ، ولو سأَل من القاضى أَن يفرض له أُجرة لم يجبه إلى ذلك . وقوله فى الحاوى[1] : ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه ، إلى آخره ، فيه أَمْران :

أَحدهما : أَنه اقتصر على الطفل وليس لاقتصاره عليه معنى ، بل للمجنون والسفيه حكمه .

---

(١) وفى ح « ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدر النفقة والبيع والشراء للمصلحة إن لم يشتر لنفسه وإن تبرم استأجر »

الثانى : قوله «قدر النفقة» اقتصر على النفقة وحدها ، والكسوة والزكاة وسائر المؤن كذلك ، فلو قال المؤن ليشمل مؤن الطفل لكان أولى ، وهذا كله إذا أمكن .

وقوله : (وَلِفَقِيرٍ غَيْرِ قَاضٍ شُغِلَ به ، عن كَسْبٍ أَكْلٌ بمعروف ، لا يجاوز أجره) .

أى : للولى المذكور غير القاضى إذا كان فقيرا ، أو كان الاشتغال بحفظ مال المولى عليه وتنميته يشغله عن الاكتساب ، أَنْ يأْكل مال المولى عليه بالمعروف ، وليس له إلاَّ الأَقل من كفايته وقدر أَجره ، وقوله فى الحاوى ويأْكل الفقير بالمعروف فيه أُمور :

أَحدها : أَنه أَطلق جواز الأَكل للولى ، والقاضى لا يجوز له ذلك لعموم ولايته ولعدم اختصاصها به .

الثانى : أَن ذلك مخصوص بما إذا كان المولى عليه يَشْغَل الولى عن الاكتساب ، فإن لم يشغله لم يكن له أَنْ يأْكل .

الثالث : أَنه يشترط ، أَن لا يجاوز ما يأْكله الأَقل من الكفاية وأُجرة المثل ، صححه فى الروضة .

وقوله : (وَيَحْجُر قَاضٍ وَيَلِى ، بِتَبْذيرٍ طارئ ، فى غير خير ، ونفيس طعام ، لا بِفِسْقٍ وَانْعَزَلَ كلٌّ به وبجنون وعاد ، لا قاض وَوَصِى بلا تجديد) .

أَى : التبذير المتصل بالصبى ، الولاية فيه للأَب والجد ، فإن

طرأ تبذير بعد الرشد فلا يحجر به القاضى وتكون له الولاية ، لا للأب والجد ، لأنه فى محل الاجتهاد ، وإنما يعد التبذير[1] بعد الرشد سفها إذا كان فى غير الخير إذْ لا سرف فى الخير ، وكذا سرفه فى نفيس الأطعمة والثياب الفاخرة لا يعد تبذيراً ؛ لأن المال يراد لذلك ، وإنما التبذير ، كاحتمال الغبن الفاحش ، وتضييع المال فى غير هذه الوجوه ، ولا حجر على من فسق[2] ، بخلاف الفسق المقارن للبلوغ ، فإنه لا يرتفع معه الحجر ، وَيَنْعَزِل بالفسق كل ولى ، وكذا الجنون فإن زال الفسق ، أو الجنون ، عن الأب والجد عادت ولايتهما ، لا الوصى والقاضى ، حتى تجدد لهما الولاية وطرآن[3] الجنون ، كمتصله بالصبى الولاية فيه للأب وهو داخل فى عموم قوله : وتصرف أب وجد ، وإنما استثنى طرآن التبذير ، لأن الحجر فيه يحتاج إلى الاجتهاد

---

(١) جاء فى اللسان – (بذر –) ببذير المال : تفريقه إسرافاً . والتبذير إفساد المال وإنفاقه فى السرف . قال الله عز وجل : (ولا تبذر تبذيرا) وقيل التبذير أن ينفق المال فى المعاصى . وقيل هو أن يبسط يده فى إنفاقه حتى لا يبقى منه ما يقتاته . اهـ .

(٢) يقال : فسق فلان ماله ، إذا أهلكه وأنفقه (اللسان)
والمراد أنه لا يحسن سياسة ماله .

(٣) يقال : طرأ فلان علينا يطرأ مهموز بفتحتين طروءاً : طلع فهو طارئ . وطرأ الشئ يطرأ أيضاً طرآنا مهموز حصل بغتة فهو طارئ وفى الأصل (طريان) وهو محرف عن طرآن .

الصلح

وقـوله : باب[1] . (الْصُّلْحُ على غَيْرِ المدَّعَى ، بَيْعٌ أَوْ إِجَارَةٌ ، وَعَلَى بَعْضِهِ هِبَةٌ أَو إِبْرَاءٌ) .

أى : اعلم أَن الصلح إنما يكون بعد الخصومة ، والصلح يكون بين الخصمين أَو بين المدعى وأَجنبى ، فإن كان بين الخصمين فقد يكون على عين وقد يكون على دين ، وقد يكون صلح معاوضة ، أَو صلح حطيطة ، فصلح المعاوضة يكون على غير المدعى فإن كان العوض عينا أَو ديناً فهو بيع ، وإن عقد بلفظ الصلح ، فإن قال صالحتك على الدار التى لك عندى بهذا العبد وقبِل صح ، وإن كان بيعاً يثبت فيه جميع أَحكام البيع ، وإنْ كان العوض منفعة ، كصالحتك عن هذا العبد بسكنى دارى سنة فهو إجارة يثبت فيه جميع أَحكام الإجارة ، وهو المراد بقوله : الصلح على غير الْمُدَّعَى بيع . أَو إجارة ، وأَمَّا صلح الحطيطة ، وهو المراد بقوله : وعلى بعضه هبة أَو إبراء . فإذا صالح

(١) فى الصلح وتوابعه : هو لغة قطع النزاع ، وشرعاً عقد يحصل به ذلك . وهو أنواع . ومقصود الباب صلح المعاملة ، ولفظه يتعدى للمتروك بمن أوعن ، وللمأخوذ بعلى أو الباء غالباً فى الكل ، وهو إما أن يجرى بين متداعيين ، أو بين مدع وأجنبى ، بعين أو دين ، وكل إما صلح معاوضة أو صلح حطيطه ، فالأول « هو مابدأ به /ف .

ودليله من الكتاب قوله تعالى (والصلح خير – آية ١٢٨ من سورة النساء) . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا » رواه ابن حبان وصححه ص ٢٥٤ حـ ٥ نيل الأوطار ، والإجماع منعقد عليه أى على جوازه بل ندبه للمسلمين ولغيرهم. فالكفار أيضاً يصح الصلح بينهم وتخصيص المسلمين بالذكر لانقيادهم إلى الأحكام غالباً قال الإسنوى : ومعنى أحل حراماً كأن يصالح على نحو خمر أو منحال على مؤجل : أو من دراهم على أكثر منها ومعى حرم حلالا ، كأن يصالح زوجته على أن لا يطلقها /م .

عن داره ببعضها فهو هبة لنصفها يشترط فيها القبول ، والإذْن فى القبض ، ومضى مدة إمكانه ، وإن صالح عن دين على عين ، فهو بيع الدين ، وإن صالح ببعضه فهو إبراءٌ ، لكن يشترط القبول على الأَصح ، لأَن لفظ الصلح يقتضيه بخلاف لفظ الإِبراءِ .

وقــوله : (فإن شَرَط فيه تعجيل أَو جودة ، بطل ، أَو ضدُّهما فَغَيْرُ الْحَطِّ).

أَى : الشرط مقتضاه أَن ما فيه زيادة وصْف كتعجيل المؤجل وبذل الجَيِّدْ عن الردىء والصحيح عن المنكسر ، يبطل العقد من أَصله ، وما فيه نقصان وصْف كتأْجيل الحال وقبول الردىء عن الجيد والمنكسر عن الصحيح بطل العقد أَيضاً إن استويا ، فإذا صَالح عن مائة مؤجلة ، بمائة معجَّلة ، أَو عكسه لغا الصلح ، وإذا صالحه عن مائة مؤجلة بخمسين معجلة فالعقد باطل . وبالعكس صحيح ، ويلغو[1] الشرط فيلزمه بالصلح خمسون معجلة ولا يلزمه التأجيل ، لأَنه وعد . والوعد لايلزم ، وكذا الحكم فى الجيد والردىء ، والصحيح والمكسر .

وقــوله : (ولَغَا بلا خصومة ، ومع إنكَارٍ ، إلا ومع وكيل قال أَقرَّ ، فإن قال هو مبطل وصالح له صح عن دَيْنٍ ، لاعين ، أَو لنفسه ، فكاشتراء مَغْصُوبٍ أَو دَيْن) .

أَى : لغا الصلح من غير خصومة تتقدم فلو قال من أَراد أَن يشترى شيئاً صالحتك عنه بكذا لم ينعقد ، ويلغوا أَيضاً مع الإنكار ، فإذا ادعى داراً فأَنكر المدعى عليه ثم وكَّلَ من يصالحه عنها لم يكن

---

(١) يقال : لغا الشىء يلغو لغواً من باب قال : بطل .

التوكيل إقرار على الأصح ، فإذا قال الوكيل هو مُقِرٌّ لك فصالحنى عنه فصالحه صح الصلح لتصادق العاقدَيْن ، وإن قال وكلنى فى مُصالحتك وهو منكر مبطل ، فصالحنى عنه له نظرت ، فإن كانت الخصومة فى عين لم تصح المصالحة ، وإن كانت فى دين صحت على المذهب ، لأَن للإنسان أَن يقضى دين غيره بِغَيْر إذنه ، وليس له أَن يشترى له عيناً بغيرِ إذنه ، وإن قال هو منكر مبطل ، فصالحنى لنفسى بكذا ، فإن كان ديْنا ، فهو كاشتراءِ الدين الذى على الغير ، والأَصح فيه عدم الصحة ، وصحح النووى فى الروضة صحته إن تقابضا أَحد العوضين فى المجلس ، وإن كان عيناً فكاشتراءِ المغصوب ، إن قال أنا أَقْدِرُ انْتِزَاعَه[1] ، صح وإلا فلا ، وقوله فى الحاوى : وبالإِنْكار لا مع الأَجنبى عنه ، إن قال أَقرَّ ووكلنى فى مصالحتك ولنفسه فى العين إن قال مبطل وقدر على الانتزاع انتهى ، فيه أَمران :

أَحدهما : إن قال وكَّلتنى فى مصالحتك كقوله أَقر يصح به الصلح – وإن لم يوكل – وليس كذلك بل إذا كان كذَّاباً فى الوكالة كالتصرف الفضولى . وإن كان صادقاً فى الوكالة ، وقع الملك للموكل ، وإن كذب بقوله هو مقر – .

الثانى : أَنه إذا قال هو مبطل مقتضاه أَنه لا يصح الصلح عن الموكل ، وذلك فى العين ظاهر ، وأَما فى الدين فالمذهب الصحة كما ذكرناه فى الروضة ولما بيناه .

---

(١) منصوب على نزع الخافض والتقدير على انتزاعه وفعل ذلك اختصاراً فى العبارة /م .

وقـوله : (وحَرُم فى شارع غَرْسٌ وبناءُ دكَّه ، أَو مُضِرٌ بمارٍ منتصبا ، أَو بمَحْمِلٍ بكَنِيسَتِهِ[1] بمتسع) .

أى : اعلم أَنه جرت العادة بذكر المشتركات والمزاحمة عليها فى هذا الباب وتكون شركتهما عامة ، كالطرق ، وخاصة كالجدار ونحوها ، والطرق تنقسم إلى نافذة وغير نافذة ، والنافذ كل الناس فى استحقاق المرور فيه سواء وليس لأَحد غرس شجرة فيه ، ولا بناءُ دكة – وإن لم يضر بالمارة – وليس لأَحد أَن يبنى فيه جناحا ، يُضر بالمارة – وإن لم يضر بهم ، جاز ، والفرق أَن الدكة والغرس مو ضع المرور ، وقد يزحم المارة ويَعْسر المراقبة ، ثم إن كان الطريق ضيقاً لا يمكن أَن يمر فيه الدواب ، اشترط أَن يمر فيه الماشى منتصبا . وإن أَمكن مرور الدواب ، والجمال فيه لسعته ، اشترط أَن يمر تحته المحمل بكنيسته[1] والراكب منتصبا ، ولا يشترط أَن تمر الفرسان ناصبى رماحهم ، لأَن وضعها على الاكتاف غير عسر ولكل أَحد فتح باب على الشارع النافذ ، لأَن الطرق مباحة ، غير مشتركة بمخصوصين ، سواء كانت فى البلد أَو فى الصحراء .

وقـوله : (وغَيْرُ النافذ لكُلٍّ إلى بابه ، فلا يُؤَخِّرُهُ وثَمَّ غيرٌ وأَحدث ، كَوَّه ، لا جناحاً بمرهم ، ولا يزيد باباً ولو فى داره من أُخرى ، وإن سَمَّره ، ولا يَنْتَفِع بحَاجِرٍ مشترك ، إلاَّ بإذن إلى الرجوع) .

---

(١) الكنيسة متعبد اليهود وتطلق أيضا على متعبد النصارى . والكنيسة شبه هودج يغرز فى المحمل أو فى الرحل قضيبان ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ويستتر به وهو مراد الشارح / م .

أى : وإذا كان الطريق غير نافذ ، وهى السكة المنسدة الأسفل ، وهى مشتركة بين أَهلِها ، ملك كل إلى بابه ، فليس لأَحد أَن يُؤَخِّر بابه . ووراؤه باب لأَحد ، إلا مَنْ بابه فى آخر السكة ، فإن له تقديمه وتأخيره ؛ إذ لا شريك له ، ووراء باب من يليه ، وكذلك إشراع الجناح لا يجوز وثم مَنْ يشاركه فى الممر ، ويجوز لكل منهم ومن غيرهم إحداث كَوَّةٍ[1] فى الجدار إلى السكة المنسدة للضوء لا للاستطراق لأَن له هدم جداره ، وإنما منع من إحْدَاثِ باب لما فيه من الدلالة على ثبوت حق الاستطراق ، ويجوز لكل منهم أَن يقدم بابه إلى جهة أَعلى السكة ، لأَنه فى ملكه ، ولا يجوز أَن يزيد فيه باباً ؛ لأَنه زيادة انتفاع ، فلو كان له داران متَلاصقتان ، وباب إحداهما فى سكة لا يَنفَذ والأُخرى إلى الشارع ففتح بينهما بابا منع على الأَصح ؛ لأَنه يؤدى إلى إثبات حق لتلك الدار الأُخرى فى السكة ، فإن هدمُ الحائط بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز ، ولو أَراد من منع من فتح الباب من أَهلِ السكة وغيرهم فتح باب وسَمَره[2] لم يكن له ذلك على الأَصح ، ولا ينتفع أَحد من الشركين فى الحاجز ، وهو الجدار الذى بين ملكيهما ، إذا كان الحاجز مشتركا وكذلك البيت المشترك إلا بإذن صاحبه فلا يجوز أَن يبدأَ فيه وَتِدًا ، ولا يفتح كُوَّة ، ولا يضع عليه جذعاً ، إلا بإذن ، ثم الإذن فى المسائل كلها غير ملزم ، بل للآذن

---

(١) الكوة : أو الطاقة أو النافذة فى الحائط : وكافها ، تفتح وتضم وجمع المفتوح كوات مثل حبة وحبات ، قاله فى المصباح /م .

(٢) يقال : سمرت الباب سمراً من باب قتل . والتثقيل مبالغة . والمسمار ما يسمر به والجمع مسامير . (المصباح) .

الرجوع متى شاء ، وقوله فى الحاوى[1] : وإنما يُشْرِعُ جناحاً إلى قوله بالإذن إلى الرجوع فيه أُمور :

أحدها : أنه أَطلق المنع من إشراع الجناح ، وفتح الباب إلا بالإذن ، والصحيح أَن من بابه فى آخر السكة ، لا يمنع من إشراع الجناح وفتح الباب فيما بينه وبين الباب ، الذى يليه ، لأَنه مُخْتَص به لا يشاركه فيه أَحد .

الثانى : أَنه قطع بتجويز فتح باب من داره إلى دار أُخرى بابها فى السكة ، والصحيح الذى عليه جمهور العراقيين ، ونقله القاضى أَبو الطيب ، عن الأَصحاب ، كما نقله فى الروضة[2] ، أَنه لا يجوز .

الثالث : أَنه جَوَّزَ فتح الباب فى السكة لمن لا يستحق إذا سَمَره ، كما نقله فى الروضة عن الجرجانى ، والشاشى ، وقال إنه أَفقه أَنه لا يجوز .

وقوله : (فإن خَرِبَ ، لم يُجْبَرْ الْمُهْمِلُ ، وللآخر إعادته ، بخالصه كَشَغْلٍ له ، عليه عُلُوٌّ وَمَنَعَه تَمَلُّكًا وانتفاعاً ، لا سُكْنىً .

أَى : وإذا خَرِب الحاجز وهو الجدار المشترك الحاجز بين ملكيهما

---

(١) وفى ح « فإنما يشرع جناحاً وبفتح بابا لا أقرب بسد الآخر ولا فى داره من أخرى ولا للملاصق إن سمر ويفتح كوة وينتفع بجدار مشترك بالإذن إلى الرجوع » .

(٢) المراد به المنفق على البناء من ماله ، فلا يلزم الآخر شىء وليس له إجباره كما أشار إلى ذلك المؤلف /م .

لم يكن لأَحدهما إجبار الآخر على عمارة نصيبه ، فإذا أَراد أَحدهما عمارته بالمشترك فللآخر منعه من نصيبه ، وإن أَراد عمارته من خالص ماله لم يكن لشريكه المنع ، وكذلك إذا كان العلو لواحدٍ والسُّفْل للآخر ، وامتنع صاحب السُّفْل من إعادته فلصاحب السُّفْل أَن يعيده بآلة نفسه ويعيد عليه عُلوَّه ، ولصاحب البناءِ منع الآخر من الانتفاع بالبناءِ فلا يَغْرِزُ فيه وَتِدًا ، ولا يفتح كَوَّةً ولا يصعد سطحاً ، ويمنعه من تملك قدر حصته فإذا بذَل لمن بنى ما صرفه لم يلزمه قبوله ، ولو سأَله البانى عوض قِسْطه من البناءِ لم يلزمه أَيضاً فإذا لم تلزمه العمارة فكيف عوضها ، ولصاحب السفْل أَن يسكن فى سَفْلِه لأَن العرصة[1] له ، ثم لصاحب البناءِ أَن يهدمه متى شاء وليس للآخر منعه ، وإن بذل القيمة ، وإن كان بينهما بيت مشترك فانهدم لم يكن لأَحد منهما أَن يستقل بالبناءِ بخلاف الحاجز بين ملكيهما أَو العلو ، لأَنه لا يصل ببناءِ البيت إلى خالص ملكه بخلافهما ، فإن باقى الحاجز يصل ببنائه إلى الانتفاع بداره المكشوفة ، وإن صاحب العلو يصل إلى علوه الخالص وقوله : فى الحاوى : ولا يلزم الشريك العمارة ولا تركها بآلته ، ولا ترك الانتفاع ، فيه أُمور :

أَحدها : قولُه ولا تركها بآلته ، اعترض عليه صاحب التعليق ، والبارزى ، وقالا هذا إذا كان الأُس[2] خالصا لمن يريد البناءِ وإلا فهو كالآلة المشتركة ونقله القُونَوِى ، ولم ينكره ، والحق أَن لا اعتراض لهم عليه ، فإنهم قد نصوا أَن لصاحب العلو أَن يبنى السفْل بآلته عند

(١) عرصة الدار : ساحتها وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء والجمع عراص . (المصباح) .
(٢) الأس والأساس : أصل البناء (اللسان) .

امتناع صاحبه ، وإن لم يكن شريكا ليصل إلى حقه ، فالجواز لأجل ذلك ، وفى المشترك أولى :

الثانى : قوله ولا ترك الانتفاع ، قال القونَوِى : إن أَراد أَنَّ المعيد لايمنع من الانتفاع فهو على إطلاقه ، قال : لكنه واضح يحتاج إلى بيان ، وإن أَراد أَن الآخر لا يمنع الانتفاع فليس على إطلاقه ؛ لأَن له منفعة من غَرْزِ وَتدٍ ، وفتح كوَّةٍ ، نعم . لصاحب السَّفْل أَن يسكن فى سفله لأَن العرصة له .

الثالث : قوله : وينتفع بجدار مشترك ، أَطلق الجدار ، فدخل فيه الحاجز بين مِلْكيهما وجدار الدار المشتركة ، ثم قال ولا يلزم الشريك العمارة وهذا عام للحاجز وغيره ثم قال ولا تركها بآلة وهذا خاص بالحاجز بين المِلْكَيْن ، وبالسَّفْل إذا بناه صاحب العلو ، والجدار هو عبارة غيره ، لكنه يفهم من تعليلهم اختصاصه بالحاجز بقولهم ليصل إلى حقه ، وهو فى جدار البيت ، لا يصل بالبناء إلى حقه ، لأَن لكل منهما منع الآخر من دخوله .

وقوله : (فإن أَقَرَّ شريكٌ وصالح ، شَفَّعَ منكرٌ خصص) .

أَى : إذا ادعى رجل على اثنين دارا فى يديهما وأَقر له واحد وأَنكر الآخر وحلف ثم إن المقر صالحه عن نصيبه على مال ، نظرت ، فإن أَنكر المنكر كون المدعى مالكا نصيب كل منهما فليس له أَن يشفع لاعترافه ببطلان الصلح وإن خصص بالإنكار نصيبه كان له

أَن يشفع فى نصيب المقرِّ ؛ لأَن الصلح بيع ، وقد أَطلق فى الحاوى[1] : أَنَّ له الشفعة ، ولابد من هذا التفصيل ، قلت : وقد اعترض الإِسنوى فى المهمات على الرافعى بما ذكره فى النكاح فيما إِذا ادعى أَحد الشريكين كل الدار ، والآخَرُ أَنها بينهما وصدق المدعى عليه بيمينه ثم باع مدّعِى الكل نصيبَه من ثالث ، لم يكن لشريك المصدق بيمينه أَن يشفع حتى أَن يثبت بملكه ، وقال لا فرق بين المسأَلتين ، يعنى لأَن المنكر فى المسأَلتين ، إِنما صدق بيمينه للدفع عن نفسه لا لإِثبات حق على الغَيْر ، قلت لكن الفرق بين المسْأَلتين ظاهر ، وذلك أَنه فى مسأَلة الصلح ، إِنما يثبت لبائعه الملك بإِقراره وبما اشتراه تعلق حق الشريك بالشفعة ، فلا يصح أَن يكون إِقراره المثبت الحق عليه لبائعه مثبتاً حقاً له فى دفع الشفعة ، وإِنما يستوى المعنيان ، لو باعه من غير المقر ، والله أَعلم .

وقوله : (واليدُ فى جِدَارٍ وَسَقْفٍ بَيْن مِلْكَيْهِمَا لَهُمَا ، أَوْ لِمُخْتَصٍّ بِتَدَاخُلِ لَبِنٍ لا بِجِذْعٍ وَنَحْوِ وَجْهٍ .

أَى : وإِذا تداعيا جدارا بين ملكيهما لهما ، أَو سَقْفَا بين صاحب العلو وصاحب السفل فيه حالان :

أَحدهما : أَنه لا يكون متصلا ببناءِ واحد منهما أَو متصلا ببناءِ كل منهما ، اتصال تداخل وترصيع ، وكان السقف يمكن إِحداثه فاليد فى الجدار والسقْف لهما .

---

[1] وفى ح « وإن ادعى على اثنين ملكا وصدق واحد وصالح فللمكذب الشفعة » .

الثانى : أن يكون الجدار متصلا ببناء أحدهما اتصال تداخل ، فهو لصاحبه ، وكذا السقف بأن كان أَزَجاً[1] لا يمكن عقده بعد امتداد البناء ، فهو لصاحب السُّفْل ، ولا اعتبار بالجذوع . فإن الجدار بين المِلْكَيْن ولم يكن فيه ترصيع وتداخل ولكن عليه جذوع لأحدهما لم يكن دليلا على الملك ، لأن بعض العلماء يوجب بالجار وضع الجذوع والاعتبار بالوجه وذلك يكون فى الحوض الذى يكون فيه معاقد القمط ، لابالطاقات والكتابات والنقش ونحوه .

وقوله : (وفى دَابَّةٍ لراكبٍ ، لا قائدٍ ، وأُسٌّ لربِّ جدارٍ . وفى عرصةِ خانٍ لرب سُفْلٍ وإلى الْمَرْقى مُشْتَرَك) .

وإذا تنازع اثنان فى دابةٍ وأحدهما راكب والآخر قائد ، فاليد للراكب ، لأن استيلاءه عليها أكثر ، وإذا تنازع صاحب الجدار وصاحب الأرض فى أساس الجدار فهو لصاحب الجدار ولا يقال هلا كان الجدار كالجذوع ؟ والفرق أن من العلماء من أوجب وضع الجذوع على جدار الجار فلعله قضى بذلك والجدار لم يوجب وضعه أحد فى ملك الغير ، وإذا تنازع اثنان فى عرصة خَانٍ ، سُفْله لأحدهما ، وعلوه للآخر ، فالعَرْصة لصاحب السفل ، ومن المدخل إلى المرقى ، مشترك بينهما ، سواء كان فى الدهليز ، أو فى وسط العَرْصَةِ ، فليحمل قوله فى الحاوى[2] : والسِّفْل حيث فى الدهليز المرقى على ذلك : وإن أفهم غيره .

---

(١) الأزج : بيت يبنى طولا ويقال له بالفارسية أوستان . وأزجته تأزيجاً إذا بنيته كذلك . والجمع آزج وآزاج . ويقال : الأزج السقف مثل سبب وأسباب (اللسان والمصباح) .

(٢) وفى ح « ولصاحب الجدار والسفل حيث فى الدهليز المرقى » .

الحوالة

وقوله : (باب[1] : صِحّةُ حوالةٍ ، بإيجاب مَحِيل بدين[2] على دَيْن ، يَعْتَاض عَنْهُمَا ، لا على نجم كتابةٍ ، وقبولُ مُحْتَال) .

أى : إنما تصح الحوالة بالإيجاب والقبول من المحيل والمحتال ، ولا حاجة إلى رضا المحال عليه ، وبأن تكون الدين المحال به والمحال عليه مما يجوز الاعتياض عَنْه ، فتصح الحوالة بالثمن وعليه - وإن كان فى مدة الخيار - حيث يجوز الاعتياض عنه ، وإن كان غير لازم ، فإن أَصله اللزوم وتجوز الحوالة بثمن المبيع قبل القبض ، وعليه فإنه يجوز الاعتياض عنه كالأُجرة والصداق وبدل الخلع ، وكالقرض والإِتْلاف ونحوها ، وأَما المسلم فيه فلا يجوز فيه الحوالة به ولا عليه ، وإن كان دَيناً لازماً ، لأَنه لا يجوز الاعتياض عنه ، وكذلك مال الجُعالة[3] قبل تمام العمل ؛ لأَنه لايجوز الاعتياض عنه قبل لزومه ، وإنما يلزم بتمام العمل ، وأَما مال الكتابة[4] فلا يجوز للسيد

(١) فى الحوالة : هى بفتح الحاء أفصح من كسرها من التحول والانتقال وشرعاً عقد يقضى نقل دين من ذمة إلى ذمة ، وتطلق على انتقاله من ذمة إلى ذمة أخرى ، ويسن قبولها على ملىء باذل لا شبهة فى ماله ، للأمر به ، وصرفه عن الوجوب الذى قاله به أحمد ، القياس على سائر المعاوضات ، والأصح أنها بيع دين بدين جوز لحاجة ومن ثم لم يشترط تقابضهما فى المجلس وإن كانا ربويين ، وأركانها ستة : محيل ومحتال ومحال عليه ودينان وصيغة ولكل شروط تأتى ، ف والأصل فيها حديث الشيخين « مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » وفى رواية وإذا أحيل أحدكم فليحتل ، لأحمد ص ٢٣٦ ج ٥ نيل الأوطار .

(٢) بدين مثلى أو متقوم لازم ولو فى أصله ، كالثمن فى مدة الخيار ، وإن لم ينتقل عن ملك المشترى ، إذا تخيرا ، أو البائع ، ولتوسعهم هنا فى بيع الدين بالدين اغتفروا ذلك ، مع إبطالهم بيع البائع الثمن المعين فى زمن خياره ، ف .

(٣) الجعل : (بالضم) الأجر يقال : جعلت له جعلا . والجعالة (بكسر الجيم وضمها) ما جعلته للإنسان على عمله . (اللسان والمصباح) .

(٤) فى اللسان (كتب) قال ابن الأثير « الكتابة أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه إليه منجماً فإذا أداه صار حراً . قال : وسميت كتابه بمصدر كتب لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه ، ويكتب مولاه له عليه العتق » .

أن يُحِيلَ عليه ، لأَنه غير لازم لمن عليه وقد استثنى ، وأما المكاتَبَ[1] فيجوز له أن يحيل به السيد على من له عليه دين ، لأَنه لازم لهما يجوز أن يعتاض عنه من غيره: وقوله فى الحاوى : شرط الحوالة رضا المحيل والمحتال وبثبوت دين لازم أَو أَصله اللزوم على المحال عليه ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه لم يذكر الإِيجاب فى الحوالة ، وذكر رضا المحيل والمحتال ، ورضاهما من لازم الإِيجاب والقبول ، وليس الإِيجاب والقبول من لازمها .

الثانى : قوله وبثبوت دَيْن لازم ، مقتضاه صحتها على دين السلم ، لأَنه لازم ، والصحيح أَنه لا تجوز الحوالة به ولا عليه ، لأَنه لا يجوز الاعتياض عنه .

الثالث : أَنه لم يقيد الدين المحال به باللزوم ، وأَوْهَم يَجُوز لكل دين ، وليس كذلك ، فإن دين الجِعُالة قبل اللزوم لا تجوز الحوالة به وإنما أَغفله المصنف ؛ لأَنه وَجَدَ دَيْن الكتابة غير لازم ، وقد جوزوا له أَن يحيل به السيد فلم يطرد له الدين اللازم فيه والتقييد باللازم منقوض فى الحالتين .

الرابع: أَن قوله : أَو أَصله اللزوم : يوهم جواز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار مطلقا وليس على إطلاقه ، بل كما ذكره فى التتمة

---

(١) المكاتب : العبد يكاتب على نفسه بثمنه ، فإذا سعى وأداه عتق (اللسان)

وغيرها حيث يجوز الاعتياض على الثمن ، وإذا أَحال المشترى البائع بالثمن على أَجنبي فى مدة الخيار صحت الحوالة على الصحيح مطلقا ، لأَن البائع باع من المشترى الثمن الذى له فى ذمته بالدين الذى للمشترى فى ذمة الأَجنبي ، والمشترى باع الدين الذى له فى ذمة الأَجنبي بالثمن الذى للبائع فى ذمته . فهو كما لو باع من له الخيار المَبِيعَ فى مدة الخيار ، لأَن الحق لا يعدوهما ، ولأَن تراضيهما على الحوالة اختيار لإِمضاء العقد أَما إِذا أَحال البائع الأَجنبي على المشترى فى مدة الخيار فإِن كان الخيار للبائع وحده فحوالته عليه تقع إِجازَةً وبيعاً على الأَصح ، لأَنه لا حَق للمشترى فى الخيار ، وإِن كان الخيار لهما أَو للمشترى لا يصح ، نعم إِذا أَذن له المشترى صح على الأَصح ، كما إِذا أَذن البائع للمشترى فى بيع المبيع من غيره ، هذا مقتضى ما أَشار إِليه صاحب التَّتِمَّة ، فإِنه قال : إِذا قلنا الحوالة معاوضة فقد ذكرنا حكم التصرف فى زمن الخيار وحكم الثمن وحكم المبيع انتهى . قلت ، وهذا حكم المبيع فى زمن الخيار فى العزيز والروضة لكنهما حَكَمَا بأَن المبيع إِجازة على الأَصح ، وهنا فى الحوالة ذكرا خلافاً فى كونها إِجازة ونقلا عن الإِمام والغزالى ، أَنها لا تكون إِجازة ، بل لو اتفق فسخ البيع انقطعت الحوالة وهى مباين لما سبق فى البيع ، إِلا أَن يكون الإِمام فرّع على أَنَّها ، استيفاء .

وقــوله : (وبتسَاوٍ[1] فى الديْنَيْن ، عَلِماهُ ، قدراً وصفة ، كحلول وصحة) .

أَى : إنما تصح الحوالة ، إذا استوى قدر الدَّينين ، بأَن يحيل لك مثلا عشرة على عشرة ، لا بأَكثر ولا بأَقل . وهذا معنى قوله بتساوٍ فى الدينين قدرا ، ويشترط أَن يتساويا جنساً وصفة ، فلا يحيل بذهب على فضة ، ولا بِذرة على حنطة ، ولا يحيل مكسراً على صحيح ولا عكسه ، ولا بحال على مؤجل وعكسه ، ولا جيد على ردىء ولا عكسه ، وقد اقتصر فى الأَصل على ذكر الصفة ؛ لأَنها تستلزم اتحاد الجنس ، ويشترط أَن يعلما استواءهما لأَنهما معاوضة فلابد أَن يعلما قدر العوضين ، فإن قيل : إذا كانت معاوضة فلم اشترطتم فيها استواء القدر فى غير الربوى ، قلنا لأَن الحوالة عَقْدُ إرْفَاق أُجيز للحاجة فاشترط فيها التساوى كالقرض .

وقــوله : (فَتَصِح بنجم كتابة) .

أَى : وإذا أَحال المكاتب السَّيد بنجم[2] الكتابة صحَّ ، لأَنه حق يجوز للسيد الاعتياض عنه من المكاتب فجازت حوالته له به على سائر الديون ، ولو أَراد السيد أَن يُحِيل أَجنبياً على المكاتب لم يجز لأَنه لا يجوز أَن يبيع دَين المكاتب على أَجنبى ، وكذلك الحوالة به .

---

(١) أى جنساً وقدراً وكذا حلولا وأجلا وصحة وكسراً ولذا قال فلا يحيل بذهب على فضة . . . الخ /م .

(٢) تنجيم الدين : هو أن يقدر عطاؤه فى أوقات معلومة متتابعة مشاهرة أو مساناة ومنه تنجيم المكاتب ونجوم الكتابة . وأصله أن العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت حلول دينها وغيرها ، فنقول : إذا طلع النجم حل عليك مالى ، أى الثريا وكذا باقى المنازل . (اللسان .. نجم) .

وقــوله : (وبِتَحوُّلِ الحق على المحال عليه ، فلا يُرَدُّ بفَلَسٍ وإن قارن ، ولا بجَحْد) .

أى : وإذا جرت الحوالة بشروطها برئت ذمة المحيل وصار الحق فى ذمة المحال عليه فلا يعود بفَلَسِ المحال عليه[1] ، سواء كان الفلس حادثاً أو قارنا ، وسواء شرط الملاءة أم لا ، وكذلك لا يعود إذا جحده المحال عليه ؛ لأن براءة الذمة قد حصلت بصحة الحوالة المشروطة فيها علم المحتال بالدين فهو المقصر .

وقــوله : (وبَطَلَتْ برَدِّ الْمَبِيع ، ولو بإقالة ، إن أَحال مُشْترٍ لا بائع ، ولَغَتْ إن استحق وإلا حلف محتال جَحَد) .

أى : وإذا اشترى عبداً وأحال المشترى البائع بثمنه على أجنبى ثم انفسخ البيع ورد المبيع ، إما بخيار أو عيب أو تحالف ، أو إقالة ، فإنه تنفسخ الحوالة بذلك على المذهب وإن كان البائع هو المحيل على المشترى ، لم تنفسخ الحوالة بذلك على المذهب لتعلق حق الثالث بها فيطالبه الثالث. فإذا سَلَّم المشترى رجع إلى البائع ، وإن بان العبد المبيع مستحقاً أو حراً ، كأن أثبت بأن لا حوالة ، وأنَّ الدين ملك للمحيل ، وزكاته عليه ، فإن ادعى العبد الحرية ، وصدقه المحيل ، والمحال عليه ، وأنكر المحتال فالقول قوله بيمينه ، وقوله فى الحاوى وينفسخ بثبوت حرية المبيع ، مقتضاه ، أنه انْعقدت ثم تنفسخ ، فليس كذلك ، لأنه بان أن لا عقد ، بخلاف ما إذا رد المبيع ، فإنه إنما يبطلها ما حدث من الرد

---

(١) فهو كن اشترى شيئاً ثم وجد نفسه مغبوناً فيه ، فهو مقصر ، وقيل له الرجوع إن شرط يساره /م .

الضمان

وقوله : (باب[1] . صَحَّ من أَهل تبرُّعٍ ضَمَانٌ ، ولو عن مَيِّتٍ[2] مُفْلس ، وضامِنٍ ، وشَرْطِ تأجيل وحلولٍ ، ولا يَحِلُّ) .

أَى : يصح الضمان[3] لقوله صلى الله عليه وسلم « العارية مُؤَدَّاة ، والدين مَقْضِيٌّ ، والزعيم غارم » ولا يصح إلا مِنْ ضمان مَنْ يصح تبرُّعه ، فلا يصح ضمان صبى ولا مجنون ونحوه ، ولا محجور عليه لسفه ، ولا معتوه وإن أَذن له ، وضمان المفلس كاشترائه فى الذمة ، ويصح الضمان عن الميت مطلقا ، وإن مات مفلسا ، لأَن ميتا كان عليه درهمان ، فامتنع[4] النبى صلى الله عليه وسلم مِنَ الصلاة

---

(١) فى الضمان هو لغة الالتزام ، وشرعاً : يقال الالتزام دين ثابت فى ذمة الغير ، أو إحضار من يستحق حضوره أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذى يحصل به ذلك ، وأركانه فى ضمان الذمة خمسة : ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون به ومضمون له ، وصيغة ، الأول الضامن ، وشرطه ليصح ضمانه صحة عبارته ، ومن ثم قال / ف ومنه يعلم أن شرط الضامن ١ – التكليف ، ٢ – الاختيار ، ٣ – صحة التصرف ، وصحة العبارة تكون بمجموع هذه الثلاثة /م .

(٢) وأما الركن الثانى المضمون عنه فلا يشترط فيه رضاه ، ولا أن يكون له مال بل يصح الضمان ولو عمن لم يعرف عينه / ف .

(٣) الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) آية ٧٢ من سورة يوسف . وهذه وإن كانت فى شرع من قبلنا إلا أنه ورد فى شرعنا مايؤيده وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العارية مؤداة والزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذى وحسنه وأخرجه ابن حبان فى صحيحه بهذا اللفظ ، وفى البخارى « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة فقالوا يارسول الله صل عليها قال هل ترك شيئاً ؟ قالوا لا ، قال عليه دين قالوا ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة رضى الله عنه صل عليه يارسول الله وعلى دينه فصلى عليه وفى رواية للنسائى « أنا الكفيل به » ص ٢٣٧ ج ٥ نيل الأوطار .

(٤) روى أحمد وأبو داود والترمذى « عن جابر قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم لايصلى على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل عليه دين ؟ قالوا نعم ديناران ، قال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما على يارسول الله : فصلى عليه ، فلما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته » ص ٥٠ ج ٣ بلوغ المرام وعند الدارقطنى والبيهقى بأسانيد قال الحافظ إنها ضعيفة بلفظ « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا نعم درهمان قال صلوا على=

عليه ، فقال على رضى الله تعالى عنه : أَنا ضامِنٌ بهما فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، وإنما لم يصل عليه ، لأَن صلاته موجبة للمغفرة ، وكان هذا فى أَول الإِسلام ، قبل اتساع الأَموال ، فلما حصلت الفتوح قال صلى الله عليه وسلم « أَنا أَولى بالمؤمنين من أَنفسهم من خلَّف مالا فلورثته ، ومن خلَّف كَلاًّ ودَيْناً ، فكَلُّه إِلىّ ودَيْنُه علىّ ، فقيل وعلى كل إِمام بعدك ، فقال : وعلى كل إِمام بعدى » وفهم من صحة الضمان عن الميت ، أَنه لا يشترط إِذن المضمون عنْه ، لأَن قضاء دين الغير بغير إِذنه جائز. وكذا لا يشترط معرفته ، ويصح الضمان عن الضامن والضامن به ، وهلم جرا ، وإِن ضمن الحال مؤجلا ، أَو زاد فى الأَجل صح ، واتبع الشرط ، وإِن ضمن المؤجل حالاًّ ، صح ولغا الشرط .

وقوله : (بدَيْنٍ ثابت ، لا نَفَقَة غَدٍ[1] ، لازم ولو فى أَصله ، معلوم أَو إِبل دية) .

أَى : يصح ضمان الدين قطْعا ، وأَما غيره فسيأتى الكلام عليه ، ويشترط أَن يكون ثابتا ، فلا يصح ضمان ما سيثبت بإِقراض ونحوه. ولا يصح ضمان نفقة الْغَدِ ، وشهر مستقبل على قولنا تجب النفقة بالتمكين ، وهو الأَظهر ، لأَنها لم تجب بعد وأَما ضمان نفقة اليوم فيصح لأَنها تجب بطلوع الفجر كالمدة الماضية ، ويشترط

= صاحبكم ، فقال على عليه السلام يارسول الله هما على وأنا لهما ضامن فقام يصلى ثم اقبل على على عليه السلام فقال جزاك الله خيراً عن الإسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك مامن مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة فقال بعضهم هذا لعلى خاصة أم للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة » نيل الأوطار للشوكانى ص ٢٣٨ حـ ٥

(١) خرج بنفقة الغد ، نفقة اليوم وما قبله لوجوبها ، ف .

أن يكون الدين المضمون به لازما[1] ولا يشترط استقراره ، بل يصح ضمان الصداق قبل الدخول للزومه ، وأَما غير اللازم فإن كان أَصله الجواز كالكتابة والجعالة قبل الفراغ ولو بعد الشروع ، لم يصح ضمانه ، ويلحق بذلك ديون السيد على المكاتب فإن كان أَصله اللزوم ، كالثمن فى مدة الخيار صح ضمانه . ويشترط أَن يكون معلوماً ، فلا يصح ضمان المجهول ويصح ضمان إبل الدِّية وإن جهل وصفها لأَنها معلومة العدد والسن ، وقد صيّر الشَّرْع الرجوع إلى غالب إبل البلد فى حقها قائماً مقام الوصف ، فأُلْحقتْ بالمعلوم ، ولا يصح ضمانها عن العاقلة قبل الحلول . وقوله : (عَرَفَ رَبَّه) .

أى : يشترط أَن يعرف الضامن المضمون له ، فإنه رب الدَّين ، لأَن الناس تختلف فى المساهلة ، فالضمان قبل المعرفة بالشخص دخول على غرر[2] ، لا حاجة إليه ، فلم يصح .

وقوله : (كالإِبْرَاءِ ، فَمِنْ وَاحِدٍ إلى عَشَرَةٍ تسعةٌ كالإِقْرَارِ[3]) .

---

(١) شروع فى شروط الركن الثالث ، وهو المضمون به فلابد أن يكون ديناً لازماً ولا يشترط أن يكون مستقراً ولذا صح ضمان الصداق قبل الدخول للزومه قال صاحب فتح الجواد وإنما يصح الضمان بدين ولو منفعة ثابتة فى الذمة وتعبير أصله بحق أظهر فى شموله ، وإن كان معترضاً لشموله لنحو حد القذف والشفعة والقود وللعين أيضاً وهو غير صحيح إذ هو إثبات مال فى الذمة بعقد البيع فلا يصح بما لا يتبرع به مما ذكر ، وضمان العين من باب الكفالة فلا تضمن إن تلفت وثابت أى واجب حال الضمان ، لابما سيجب كدين قرض أو بيع سيقع ونحو نفقة غد / ف . والركن الرابع المضمون له : وهو رب الدين فيشترط الصحة ضمان الدين أن يكون الضامن قد عرف ربه بعينه وإن لم يعرف نسبه لتفاوت الناس فى الاستيفاء تسهيلا وتشديداً ، والركن الخامس للضمان الشامل للكفالة أن يقع بصيغة التزام لتدل على الرضا ، وأراد بها مايشعر بالالتزام فيشمل اللفظ الصريح والكفاية ومنها الكتابة مع النية وتشمل إشارة الأخرس المفهمة ونحوها / ف .

(٢) يقال : غرر بنفسه وماله تغريرا : عرضها للهلكة من غير أن يعرف . والغرر : الخطر فى البيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء .

وقيل بيع الغرر المنهى عنه ما كان له ظاهر يغر المشترى وباطن مجهول .

(٣) وإنما وقع الطلاق الثلاث فى أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لأن الطلاق محصور فى عدد والظاهر استيفاؤه قاله فى المنهاج /م .

أى : يشترط أن يكون الدين الذى يضمن به مَعْلُومًا ، كما يشترط أن يكون الدين الذى يُبْرِئُ عنه معلوماً ، فإن ضمن عنه أو أبرأه ، عن مجهول لم يصح فإن جهل قدره ، وأنه لا يبلغ العشرة فقال ضمنت لك أو أبرأتك من واحدٍ إلى عشرة برئ من تسعة ودخل الأول لأنه ابتداءٌ منه ، ويخرج العاشر ، لأن إبراءه ينتهى إليه ، وكذلك فى الإقرار ، فقال عَلَىّ من واحدٍ إلى عشرة ، لزمه تسعة ، ويصح الإبراء عن إبل الدِّية ، ويشترط أن يعرف من يُبْرِئه ، لأنه تمليك ، فلو قال أَبْرأت أحدَكما لم يصح ، هذا ما اقتضاه كلامه فى الروضة ، أنه تمليك ، ومقتضى كلامه فى الوكالة إسقاط ، وقال فى الرجعة إنه من زياداته ، المختار أنه يطلق ترجيح واحد من القولين ، وإنما يتخلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطريقين .

وقوله : (وضمان دَرَكٍ ، وَدَرْكِ رَدَاءةٍ ، ونقص صنجة ، وَعَيْبٍ وفسادٍ قبل قَبْضِ ثمنٍ ومطلقه لما استحق) .

أى : ويصح ضمان الدَّرَك[1] ، وهو أن يشترى ويخشى أن تخرج مستحقة ، فيذهب عليه الثمن ، فيتدارك له رجل بالثمن إن خرج مستحقاً ، وجواز ذلك للحاجة وإن كان حالة الضمان بجهل وجوب ما يضمن به. وكذلك درك الرداءة ونقص الصَّنْجة على الأصح ، سواءٌ ذلك فى المبيع أو فى الثمن لأن الحاجة تدعو إليه ، وكذلك دَرَك العيب والفساد ، فإن خشى كونه معيباً ، أو كون العقد فاسداً بسبب غير الاستحقاق كفقد شرط ونحوه ، فإنه ، يصح فى هذا كله ، فلو

---

(١) فى اللسان (درك) : الدرك يسكن ويحرك : اللحق من التبعة ومنه ضمان الدرك فى عهدة البيع .

أَطلق وقال ضمنت لك دَرَك هذا المبيع ، فالأَصح أَنه يختص بما إذا خرج مستحقاً ، ولابد من التصريح فيما سوى ذلك ، ويشترط لصحة ضمان الدرَك وما بَعْده أَن يكون بعد قبض الثمن إن كان المدرك به هو الثمن أَو بعد قبض المبيع ، فإذا كان المتدارك به هو المبيع فلا يصح الضمان به قبل ثبوته ، وقوله فى الحاوى : بحق ثابت عرف من له كالدرك بعد قبض الثمن والرداءة والعيب والفساد ونقصان الصَّنْجة ، وسلَّمها ضمان الدَّرك ، فيه أُمور :

أَحدها : بحق ثابت والحق يشمل الدَيْن والعَيْن ، وضمان العين ملحق بباب الكفالة لا يضمن إن تلفت على الأَصح ، بخلاف الدين .

الثانى : قوله فى الدَّرَك ، قال القُونَوِى أَى صح الضمان ، بحق ثابت كما صح الدرك ، وإن لم يكن بحق ثابت ، انتهى ، وليس كذلك فإن الدرك ضمان بحق ثابت لأَنه إذا خرج المبيع مُسْتَحَقًّا ، بان العقد باطلا . فالثمن حق ثابت للمضمون له من حين ضمِن ، وإنَّما جهل كونه حقاً ثابتاً عند الضمان ، والجهل به لا يَخْرج عن كونه حقا ثابتاً ، أَلا تراه لا يصح ضمانه قبل قبض الثمن ، وإنما عدل صاحب الحاوى إلى قوله حق ثابت ليشمل ضمان الدرك ، لأَنه إذا استحق المبيع فالثمن عين المشترى لا دَيْن ، فيشملُه قولُه حق ثابت وكذلك العيب والرداءة ، لأَن المضمون له مُسْتَحَقٌ لسُلْطَة الرّد من حين الضمان ، والرد يترتب عليه استحقاق الثمن فيصح ضمان عهدته أَلا تراه لو ضمن درك العيب والمبيع سَلِمَ ، ثم حَدث قبل القبض لم يلزم الضامن عهدته ، وإن لزمت البائع ، لأَنه لم يكن حقاً ثابتاً عند الضمان .

الثالث : أَنَّه قدم قوله : بعد قَبْض الثمن على قوله الرداءة والعيب والفاسد وَنَقْص الصَّنجة فأَوهم أَنه لا يشترط أَن يَجْرِى فى هذه بعد قبض الثمن ، ولا فرق فى ذلك كله ، لأَن العهدة متعلقة بالثمن فى جميع الصور .

الرابع : وقوله وتسلمَها ضَمان الدرك ، قال ابن النحوى هذا وجه مرجوح ، فإن الرافعى قال فى الشرح الصغير ، والأَقْرب عدم انْدراج هذه الصور فى ضمان الدرك ، ولم يرجح شيئاً فى الكبير ، قلت ومقتضى كلام أَكثرهم اشتراط التصريح بها .

وقوله : (وكفالة بِبَدَنٍ ، من الآدمى حضوره ، ولو ميتاً ، ولا ينبش ، وكفيلا ، ومنكرا ، لا مكاتباً لنجم) .

أَى : وصحت الكفالة ببدن من يستحق الآدمى حضوره عند الاستدعاءِ إِلى مجلس الحكم ، أَما من عليه حدٌّ لله تعالى ، فلا تصح الكفالة لأَن حقوق الله تعالى تبنى على المسامحة ، وسواءٌ استحق حضوره لمال أَو قِصَاص أَو حدٍّ قذف ، ولو مات المكفول ببدنه أَو كفل به ابتداء ، وطولب بإحضاره ليقيم على شخصه شهادة لزمه ما لم يدفن ، فإن دفن لم ينبش ، وإذا ادُّعِيَ عليه حق فسكت صحت الكفالة ببدنه ، وكذا إذا أَنكر على الأَصح لأَن حضوره مستحق لسماع البَيِّنَة ونحوها ، ولأَن معظم الكفالات تقع قبل ثبوت الحق عند الحاكم ، وتَصِح

الكفالة ببدن الكفيل ، لأن حضوره يستحق ، ولا تصح الكفالة ببدن المكاتب لأجل مال الكتابة ، لأنه غير لازم .

وقوله : (أَو بِجُزْءِ حَيٍّ ، لا يبقى دونه ، إن رضى) .

أى : وتصح الكفالة ببدن من عليه الحق وكذا الجزءُ لا يبقى دُونه كالروح والنفس والرأس ، وثلثه أو ربعه ، أما إذا كفل بما يبقى دونه كيده أو رجله لم تصح الكفالة ، ولا تصح الكفالة به إلا إنْ رَضِى أو وليه إن كان المولى عليه أو وارثه إن كان ميْتاً كما نقلِه فى المهمات[1] عن ابن الرفعة ، ولا تصح الكفالة بجزءِ الميت ، وتصح ببدن الصبى والميت فقد يستحق إحضارهما لتقام الشهادة على صورتهما فيما إذا أتلف الصبى وفيما إذا تحمل الشهادة على الميت من لا يعرف اسمه ، فيطالب الوارث والولى إحضارهما .

وقوله : (وبِعَيْنٍ مَضْمُونَةٍ) .

أى : وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة كالمغصوب والمستعارة والمأخوذة على وجه السَّوم[2] فإن هذه تصح الكفالة بإحضارها ، فإن تلفت فكما لو مات المكفول به لا يجب الغُرْم على الصحيح ، وقوله فى الحاوى : وَعَيْن تلزم مؤنة ردها : قال صاحب التَّعْلِيقِ : إنما قال

---

(١) المهمات شرح الروضة للإسنوى

(٢) السوم : عرض السلعة على البيع .

وعَين يلزم مؤنة ردها ولم يقل عَيْن يلزم ردها لأَن ما يلزم رده إذا لم يكن لرده مؤنة كالدراهم لا تصح الكفالة بها قال : والحاصل ، أَن كفالة الْعَيْن إنما تصح إذا كانت فى يد من هى فى يده وكان لردها مؤنة ، انتهى ، وهذا الشرط الثانى لا يُعْرَفُ لغيره بل لو اقتصروا على أَن تكون مضمونة فقط ، وإنما قال يلزم مؤنة ردها ولم يقل يلزم ردها لأَن الوديعة يجب ردها لا بمؤنة بل بالتمكين فأَراد الاحتراز منها ومما فى معناها لأَنها لا تصح الكفالة بها .

وقوله :(وَبَرِئَ بإِحْضَارٍ ولو لوارثٍ ، وبحضورِه عَنْه ، بلا حَائِل حَيْثُ شُرِطَ ، وإلا فحيث كُفِلَ) .

أَى : ويَبْرأُ الكفيل بإِحضار المكفول به ، إليْه ، أَو إلى وارثه إن مات ، ويجب إحضاره إلى المكان المشروط حال الكفالة ، وإنْ لم يُعَيِّن مكانا فحيث كفل ، ولو أَحضره فى مكان آخر جاز قبوله ولم يجب إن كان له غرض بأَن كان يجد فى المكان المستحق من يعينه عليه ، وإن لم يكن له غرض وجب قبوله ، وكذا إذا أَحضر المكفول به وسلم نفسه عن الكفيل برئَ الكفيل ، وإنما يبرأُ بتسليمه أَو بتسليم المكفول به نفسه عن الكفيل إذا سلمه ، وليس هناك حائل يمنع تسليمه ، فإن كان هناك حائل يمنعه من تسليمه كيد غالبة لم يجز إحضاره ، وإن أَحضره أَجنبى له بإذن الكفيل وجب القبول ، أَو بغير إذنه لم يجب ، فإن قبله برئَ .

وقوله : (فإن مات[1] أَو هرب ، أَو تَستَّر ، فلا غُرْم ، وفسدت إن شُرِطَ[2]) .

أَى : وإذا مات المكفول به ودفن أَو هرب إلى مكان لا يعلمه الكفيل ، وكذا إذا تستَّر فى البلد ولم يعلم أَين هو فقد تعذر إحضاره فلا يحبس الكفيل ولا يغرم على الصحيح ، فإن شرط الغرم بْطلت الكفالة .

وقـوله : (وإن ظهر ببلد ؛ أُمْهِلَ مدة ذِهَابٍ وَعَوْدٍ ، ثم حُبِسَ) .

أَى : وإن هرب المكفول ببدنه أَو غاب ، ثم علم فى بلد فى حد القرب[3] ، وكذا فى حد البعد على الأَصح ، فَإِنَّا نُمْهِلُ الكفيل مدة ذهابه وعودة منه ، فإن أَحضره فذاك وإلا حبس .

وقـوله : (بصيغة[4] التزام كَضَمِنْتُ ، الْتَزَمْتَ ، تَكَفَّلْتُ ، بمالك على فلان وَكَفَلْتُ ببدنه ، وأَنَا بالمال ، أَو بإحضاره ، أَو ببدنه ، كَفِيلٌ أَو زَعِيمٌ ، ونحوِهِ ، لا أَو أُؤدِّى أَو أَحضر) .

أَى : ويكون الضمان ، بصيغة مُلْزِمة ، كضمنت مَالَك على فلان أَو إحضار فلان ، أَو تقلدته ، أَو تكفلت به أَو تحملته ، أَو أَلزمته

---

(١) أى الكفيل بطلت الكفالة ، إذ لا مال هنا يبقى بعد موته ، حتى تبقى هى تبعاً له ، وبه فارق موت المكفول له والمكفول وإن تخلف وفاء ، أو هرب إلى محل لايعلمه الكفيل أو تستّر أو اختفى بمحل لا يعلمه الكفيل فلا حبس ولا غرم عليه لأنه لم يلتزم المال / ف .

(٢) أى إن شرط الغرم فى عقدها ، لأنه شرط ينافى مقتضاه ، وفسد أيضاً التزام المال ، لأنه صير الضمان معلقاً ، فإن لم يشرط ككفلت بدنه ، فإن مات فعلى المال ، فالذى يتجه ، أنه إن أراد الشرط ووافقه فكذلك وإلا فسد الالتزام فقط / ف .

(٣) حد القرب وحد البعد تقدم معناهما فى التيمم .

(٤) الركن الخامس الصيغة وتقدم وقد أخذ فى شروطه من كونه لفظ صريح أو كناية ملزم إلخ / م .

وَكَفَلْتُ ببدن فلان ، وأَنا ببدنه أَو بمالك أَو بالعين أَو بإِحضارها كفيل أَو زعيم أَو حَمِيل ، أَو قبيل ونحوه ، وليس قوله أُؤَدِّى هذا المال ، أَو أُحضر هذا الشخص ، ضمانا ولا كفالة ، بل وعدٌ لايلزم وقوله فى الحاوى : بلفظ الالتزام فخرج به الخط وإشارة الأَخرس ، والضمان بهما يَنْعَقِد[1] .

وقـوله : (وبطل بشرط براءةِ أَصيلٍ ، وخيارٍ لالمضمون له ، وتعليق وتأقِيت كالإِبراءِ ، لا تأجيل إِحضار علم) .

أَى : ويبطل الضمان ، إِذا شرط فيه براءة الأَصيل ، لأَنه يخالف ما اقتضى العقد ، وبطل شرط الخيار للضامن. أَما المضمون له فلا يضر ، لأَنه مقتضى العقد ، ولو علقه بزمان كضمنت لك إِذا جاء رَأس الشهر ، وبغيره كقدوم زيد لم يصح ، وكذا إِذا وقَّته ، كضمنت لك شهرا ثم لا ضمان ، وهو كالإِبراءِ ، فإِنه لا يصح شرط خيار ، ولا تعليق ولا تأقيت ، وإِن كفل بإِحضار الشخص ، مؤجلة إِلى أَجل معلوم لامجهول صح ، وقوله فى الحاوى : وخيار مقتضاه أَنه يبطله كل خيار وليس على إِطلاقه ، بل شرط الخيار للمضمون له لا يضر كما ذكره فى العزيز والروضة ، وإِن كان كلام المسمى • يوهم خلافه .

وقـوله : (وطُولِبَا ، وإِن أَبْرَأَ أَصيلا برِئَ كفِيل لا عكسه)

أَى : وإِذا صح الضمان ، فللمضمون له ، مطالبة الأَصيل والكفيل

---

(١) ويمكن أن يقال أراد صاحب الحاوى بلفظ أو مايقوم مقامه كالكتابة وإشارة الأخرس فلا اعتراض بعد تبين المراد /م .

أو أحدهما ، فإن أبرأ الأصيل برئ الكفيل وكفيله ؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع ، بخلاف عكسه ، لأن إبراء الكفيل إسقاط الوثيقة فقط ، فلا يسقط بها الحق كَفَكِّ الرهن ، وقوله فى الحاوى : وإن أبرأ الأصل برىء الكفيل ، لا عكسه قال القُونوِى ، وابن النحوى ، لو قال وإن برئ ، الأصيل لكان أحسن ليشمل ، براءته بالإبراء ، والأداء والاعتياض ، والحوالة به وعليه . قلنا : لو قال المصنف ما قالاه ، لوقع فى الخطأ ، لأن العكس لا يَطرد على ما قالاه ، فإن الأصيل قد يبرأ ببراءة الكفيل وذلك إذا ضمن بغير إذْنه ، ثم ادعى بغير إذْنه ، وكذا إذا أَدَّى بإذنه على الأصح ، والمصنف اكتفى بالإبراء ، ليقاس عليه ما يناسبه ، والله أعلم .

وقوله : (وحَلَّ على أحدهما بموته لا فَلَسِهِ) .

أى : إذا مات الأصيل حَلّ عليه الدين وحده ، وإذا مات الكفيل حَلَّ عليه وحده ، ولا يحل بالْفَلَس ديونُ الْمُفْلِس ، والفرق أن الحى يرتفق بالأجل ، بخلاف الميت .

وقوله : (فإن ضمن بإذن ، أمر الغريم بطلب حقه ، من التركة ، أو إبرائه) .

أى : فإن كان الضامن قد ضمن بإذن المضمون عنه مؤجلا . ثم مات المضمون عنه ، فإن ديونه تَحل ، فله أن يطالب الغريم . بطلب حقه من تركته أو بإبرائه من الضمان قبل هلاك التركة .

وقوله : (والأَصيل بالتسليم إن طُولِب لا إليه ، ولا يحبس بحبسه) .

أَى : وللضامن بالإذن أَن يطالب المضمون عنه بتسليم المال إلى الغريم إن طالبه بالتسليم ، وأَما قبله فلا ، وليس له أَن يطالبه بالتسليم إليه قبل أَن يغرم ، وإن حبس الكفيل لم يكن له أَن يطالب بحبس الأَصيل معه ، لكن إذا غرم فله طلبه وحبسه .

وقوله : (ورجع مؤدٍ بإذن ، وضَامِنٌ به ، وكذا بِغَيْره ، إن أَدَّى بهِ وشَرَطَ) .

أَى : ورجع غير الضامن أَدَّى دَيْن رجل بإذنه ، وإن لم يشترط الرجوع ، فى الأَصح ، وكذا الضَامِنُ بإذن يرجع ، وإن أَدّى بلا إذن فى الأَصح ، ولا يرجع ضامن بلا إذن ، وإن أَدَّى بإذن على الأَصح ، إلا أَن يشرط الرجوع فإنه يرجع على الأَصح ، وكلام الأَصل شامل لذلك وقوله فى الحاوى[1] : والمؤدِّى بالإذن : إن أَراد المؤدى بالإذن ، يَرْجعُ سواء كان ضَامِناً أَم لا ــ فغَيرُ[2] مُسَلم لأَن الصحيح أَن الضامن بلا إذن لا يرجع وإن أَدى بإذن ، وإن أَراد به غير الضامن . وقلت إن المؤدى بالإذن إذا كان ضامناً بلا إذن ،

---

(١) وفى ح « والمؤدى بالإذن بأقل الدين وقيمة المؤدى إن شهد ولو رجلا مستوراً أو أدى بحضوره أو صدقه المضمون له » .

(٢) أى فهذا غير مسلم مبتدأ أو خبر واقع جواب شرط أن أراد المؤدى بالإذن وإلغاء واقعة فى جواب الشرط جملة إسمية / م .

لا يرجع وهو مأخوذ ، من قوله ورجع أى الضامن بالإذن ، فعلم منه أَن غيره لا يرجع ، قلنا يرد عليه ، من ضمنه بلا إذن ، وإن أَدى بالإذن ، بشرط الرجوع ، فإنه يرجع على الأَصح .

وقوله : (بالأَقل مِنْ دَيْن ، وقيمة مصالح به ، لا مبيع) .

أَى : وحيث قلنا يرجع المؤدى أَو الضامن فبم يرجع . ينظر ، إن أَدَّى من جنس الدين ، رجع بقدر ما أَدى وإن أَدَّى غير جنسه ، نظرت ، فإن صالح منه على عين فالأَصح أَنه يرجع بالأَقل من الدين وقيمة العين ، وإن باع العين منْه ، بقدر الدين ثم قاصّه به رجع بالكل وكذا إن باع العين مِنْه ، بالذى ضَمِنه عنه على الأَصح ، وقوله فى الحاوى : ورجع بالمؤدَّى بالإذن بأَقل الدَيْن وقيمة المؤدَّى : مقتضاه ، أَنه يجب الرجوع بالأَقل ، سواء صالح بالعين ، أَو باعها منه ، والصحيح أَنه مخصوص بما إذا صالح عنه بها .

وقوله : (إن أَدى بحضوره ، أَو صَدقَهُ ، الغريم أَو أَشهد ، ولو رجلا مستوراً وحَلَف مُنْكِر إِشْهادٍ) .

أَى : ويشترط للرجوع أَن يؤدِّى بحضور المضمون عنه ، أَويصدقه الغريم المضمون له ، فإن كذَّبه لم يرجع ، وإن صدقه المضمون عنه ولا يرجع إذا كذَّبه ، المضمون له ، بأَنه أَدَّى ، إلا إذا شَهِد أَنه أَدَّى

أما شاهدين وأما شاهداً ويحلف معه اليمين سواء عاش الشاهد أو مات ، ولو كان مستوراً فبان فاسقاً ، فله الرجوع لأنه لا علم له بالباطن ، فهو غير مقصر وإن شهد فاسق لم يرجع ، لأنه مقصر ، أو إن أدى الإشهاد ، فأنكر المضمون عنه فالقول قول المنكر مع يمينه .

وقوله : (وإن ضَمِنَ مريض تسعين ، وخلَفَ مِثْلَها عمّن خَلَّف ، نصفها أخذ من ورثته ستين ، ورجعوا بثلاثين ، ومن ورثة الأصيل خَمْسة عشر) .

اعلم أن الضامن فى المرض إذا ضمن عن رجل ثم مات ثم هلك الرجل موسرًا فللغريم مطالبة من شاء ، فإن طالب من ورثة الضامن رجعوا على ورثة الأصيل بالكل ، وإن هلك الأصيل مُعْسرًا فضمان الضامِن فى ثلث ماله ؛ لأن المريض محجور عليه مِن التبرع فيما سوى الثلث ، والضمان تبرع فإن هلك الأصيل غير معسر ، لكنه خلف قدر ثلثى الدين ، فللغريم أن يطالب ورثة الضامن ، بالجميع لأنهم يرجعون فى تركة الأصيل بثلثى مالهم ، ويفوت عليهم الثلث فى ضمان تبرع به الضامن ، وكذلك يغرمون ، إذا لم يمتْ الأصيل وإن كان مُعْسراً ، لأنهم لا يرجعون إلى ذمته بالكل ، فى مسألة الكتاب ضمن تسعين وخلف تسعين ، وخلف الأصيل خمسة وأربعين ، فإذا أخذ الغريم ثلث مال الضامن ، مع تركة الأصيل ، فلا دور ، وإن أخذ من تركة الضامن أكثر من الثلث لزم الدور ، لأن ما يغرمه ورثة الضامن ، يرجع إليهم بعضه ، لأنه يصير المغروم دينا لهم فى تركة الأصيل فيضاربون به مع الغريم

فى تركة الأَصيل ، فيلزم من ذلك زيادة تركة الضامن ويلزم من زيادتها زيادة تركة المغروم ، ويلزم من زيادة تركة المغروم ، زيادة ما يرجع إليهم ، فطريق استخراجه الحساب ، فنقول يؤخذ من تركة الضامن شئ ويرجع إليهم مثل نصفه ، لأَن تركة الأَصيل نصف تركة الضامن ، فيبقى لورثة الضامن تسعون إلا نصف شئ ، وهى تعدل مثلى ما تلف بالضمان ، والتالف نصف شئ ، ومثلاه شئ ، فإذا تسعون إلا نصف شئ يَعْدِل شيئا ، فإذا أَجبرت وقابلت عدلت تسعون شيئا ونصفا ، ويكون الشئ ستين وهو المأخوذ ، فيكون دَيْناً لهم ، ويبقى من تركة الأَصيل خمسة عشر يأخذها الغريم ، ويَفُوت عليه من ماله ، خمسة عشر .

وقوله : (أَو عَمَّن خَلَّفَ ثُلُثَها ، أَخذ من ورثته خمسة وأَربعين وتناصَفُوا تركة الأَصيل) .

أَى : وإن ضمن ذلك مَنْ خلَّف ثُلُثَ تركة الضامن ، وثلثها ثلاثون ، فله أَن يأَخذ تركة الأَصيل ، وثلث تركة الضامن ، فإن نَقل ذلك فلا دور ، وله أَن يأخذ من ورثة الضامِن أَكثر فتدور المسأَلة ، فطريقهُ أَن يقول ، يؤخذ من ورثة الضامن شئ ، ويرجع إلى ورثته مثل ثلثه ، لأَن تركة الأَصيل ثلث تركة الضامن ، فيبقى للورثة تسعون إلا ثلثى شئ ، يعادل مثل التالف بالضمان ، وهو ثلثا شئ ، فمثلا شئ وثلث شئ ، فإذا تسعون إلا ثلثا شئ يعدل شيئا وثلثا ، وإذا أَجبرت وقابلت ، صار المجبور تسعين ، والمقابل

تسعين ، فيكون الشيء خمسة وأربعين ، وذلك ما يأخذه ربُّ المال ، وصار ديناً لورثة الضامن ، على الأَصيل ، وبقى لرب المال عليه ، خمسة وأربعون فيضاربون فى تركتهم بسهم وسهم فيجعل بينهما مناصفة .

وقوله :(وإن أَخذ تركة الأَصيل أَخذ ثلث تركة الضامن) .

أَى : يشترط إلى ما ذكرناه أولاً من أنه بالخيار بينهما ، والقدر الذى يصل إليه واحد فى الحالين .

الشركة

وقوله : (إنما تصح[1] شركةُ أَهل توكيل ، وتوكل فى مُشْتَرك لا يتميز ، وإن تَفَاضَل أَو جُهِل لا وقتَ قِسْمَةٍ بإِذن التصرف ، لا مجرد اشتركنا) .

أَى : وتصح الشركة بين اثنين فصاعداً ، ولو مسلما وذميا ، وإن كُرِهَتْ شركته للذمى ، وإنما الشرط أَن يكون كل منهما ، أَهلاً للتوكيل والتوكل ، لأَن كلا منهما وكيلٌ عن الآخر فى نصيبه موكل إليه فى نصيب نفسه ، ولا يصح عقدها إلا والمالان أَو الأَموال مختلطة ، فإن عقدت ثم خلطا المالين ولو فى المجلس لم يصح

---

(١) الشركة : بكسر فسكون ، وبفتح وسكون أوفكسر ، وجمعها بكسر ففتح بلاهاء ، وهولغة الاختلاط شيوعاً أو مجاورة وشرعاً ثبوت حق ، أو عقد يقتضى ثبوته فى شىء لأكثر من واحد على جهة الشيوع قهراً كالإرث أو اختياراً كالشراء ، وهذا حيث قصدبه ابتغاء الربح بلا عوض ، هو مقصود الباب ، وأنواعها أربعة : ١ - شركة الأبدان بأن يجعلا كسبهما ببدنهما مع تساو ، واتفاق حرفة أو ضدهما : ٢ - والمفاوضة بفتح الواو بأن يجعلا كسبهما ، وربحهما ببدن أو مال وغرمهما بينهما ٣ - والوجوه : بأن يتفق وجيهان على أن يشتريا فى ذمتهما بمؤجل أوحال ، وربحه بينهما أو وجيه وخامل على أن يشترى الوجيه فى ذمته ويبيع الخامل ، أو على أن يعطى الخامل المال ويعمل فيه الوجيه والربح بينهما ، وكلها باطلة لكثرة الغرر فيها ، نعم أن نويا بالمفاوضة وفيها مال « شركة » العنان صحت ، ثم مايشتريه أحدهما فى تصوير الأخيرة ، الأول والثانى ، يختص به ربحا وخسراناً ، نعم أن أذن له فى الشراء فاشتراه لهما ، شاركه فيه ، والثالث ليس شركة فى الحقيقة ، بل قراض فاسد ، ٤ - وشركة العنان بكسر العين وقيل بفتحها ، وهى الصحيحة من عن الشىء ظهر ، فهى أظهر الأنواع أو من عنان الدابة لاستواء الشريكين فيها ، فى نحو الولاية والربح ، والسلامة من الغرر ، كاستواء طرفى العنان ، وأركانها ثلاثة وسيأتى لها ركن رابع ، العاقدان وشرطهما صحة تصرفهما ، ودليلها من السنة قوله صلى الله عليه وسلم « يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما ص ٥١ حـ ٣ بلوغ المرام » ومعناه تنزع البركة من مالهما رواه أبو داود والحاكم وقال صحيح الإسناد ، وعقدها جائز يجوز لكل منهما أو منهم الفسخ متى شاء وأركان شركة العنان خمسة ١ ، ٢ (عاقدان) ٣ (ومعقود عليه) ٤ (وعمل) ٥ وصيغة ، وقد ذكر المؤلف شرط كل منها فأشار إلى شرط العاقدين ما شرط فى موكل ووكيل فقال : شركة أهل توكيل الخ / م وفى ح وإن اختلف القدر أو جهل وكل وكيل .

ويشترط فى الخلط ، ألاَّ يتميز مال عن مال ، والخلط ، إما بأن يرثاه مشاعاً ، أو ببيع نصف عَرَضِه[1] بنصف عرض صاحبه ، أو يخلط مال صاحبه المثلى بمثله ، خلطاً لا يتميز معه ، فإن تميز ، ولو بعسر كالحنطة البيضاء بالحمراء لم يصح وتصح الشركة سواء استوى المالان أو تفاضلا ، ويكون الربح على قدر المالين ، ولا يشترط العلم بقدر النصيب حالة الشركة بل لو ورثاه مالا ولم يَعْلَم كل منهما قدر نصيبه ، وعقدا الشركة صح ؛ لأن العلم بذلك ممكن عند الحاجة إليه ، بقسمة ربح ونحوه ، أو الأصل .

ولو خلطا وكل لا يعرف قَدْر ماله ، ولا يمكن معرفته لم تصح الشركة لتعذر العلم ، ولابد مع الشركة من صيغة تدل على الإذن فى التصرف بالتصرف فى كل منهما فى نصيب صاحبه ، كتجارة وتصرف ، فلو اقتصرا على قولهما اشتركنا لم يكن إذناً فى التصرف على الأصح ، وإن أَذِن أحدهما لصاحبه دون الآخر ، تصرف المأذون له فى الجميع والآخر فى نصيب نفسه فقط فإن اشترط منعه لم يصح الشرط ، لاقْتضائه ، الحجر عليه فى ماله .

وقوله فى الحاوى[2] : أو جهل : وكل أطلق الصحة مع الجهالة ولم يقيدْها ، بحالة العقد كما قيدها فى العزيز والروضة ، وكما هو مقتضى المذهب ، فإنه لو خلط زيته بزيت صاحبه ، مثلا ،

---

(١) لو قال أن يبيع بعض عرضه ببعض عرض الآمر يشمل من بعض أوزاد عن ماثل به /م .

(٢) وفى ح « وإن اختلف القدر أو جهل وكل وكيل » .

وكل لا يعرف قدر زيته ، ولا يمكن التوصل إلى مَعْرفته فيما بعد ، فالشركة فاسدة وإن نفذ التصرف بالإذن .

وقوله : (وكُلٌّ وكيلٌ ، وَرِبْحُه وَخُسْرُهُ ، بِحِصَّةِ قيمة ماله ، فإن شُرِطَ تفاوت ، فَسَدَتْ ، فلكل أَجر عمله للآخر ، لا فى زائد بِلَا طَمَع) .

أي : وكل واحد من الشركاء وكيل وله حكم الوكيل ، فلا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل ، ولا يسافر فى المشترك إلا بإذن فى الجميع كالوكيل ، ويوزع الربح على المالين بنسبة قيمة مالٍ كل ، كما إذا خلط زيتاً بزيتٍ ولكن قيمة رطل أحدهما درهمان والآخر درهم ، فإن الربح بينهما يكون أَثْلاثاً ، لصاحب الجيد الثلثان .

فإن شرطا أن يكون لأَحدهما من الربح أكثر من نسبة حصته فسدت الشركة ، وحكمهما إذا فسدت بهذه الجهة أَو غيرها ، أَن يصح تصرفهما بالإذن .

ويقسم الربح على قدر المالين ، لكن يرجع كل منهما على صاحبه بأُجرة ما عمل فى ماله ، فإن تساويا فى المال والعمل وقع التقابض ، وإن وقع التفاوت فى العمل مع تساوى المالين ، فكان عمل أَحدهما يساوى مائتين ، وعمل الآخر مائة ، نظرت ؛ فإن كان عمل ما شرط له الزيادة أَكثر فنصف عمله لنفسه ، ونصفه لصاحبه ، ونصفه مائة وقد عمل له بخمسين ، فيقع التقاصص ويبقى له خمسون يرجع بها على صاحبه ، وإن كان عمل صاحبه أَكثر لم يرجع بشيء على الأَصح ،

وعلى هذا لو كان مال أحدهما أكثر وعمله أكثر من حصته ، وهو المشروط له الزيادة قاصص بمقابل عمل صاحبه ورجع بالزيادة من أجرة المثل ، وإلا فلا .

وقوله : (وصُدِّقَ فى اشْتِرَاءٍ لِنَفْسِه ، وَخُسْرٍ ، لا قِسْمَةٍ) .

أى : وإذا اشترى أحد الشريكين عَيْنًا وقال لم أشترها للشركة ، بل لنفسى خاصة ، فالقول قوله مع يمينه ، وكذا إن قال : خسرت فيما اشتريته للشركة ، صدق بيمينه ، وإن ادعى التلف ، وأسنده إلى جهة خفيّةٍ فكذلك ، وإن أسنده إلى سبب ظاهر كالحريق أثبت الحريق ، وإن كان فى يده مال ، فقال : أقسمنا وهذا نصيبى مِنَ المشترك ، وقال الآخر لم يقسم بعد ، فالقول قول منكر القسمة ، ويجعل بينهما .

وقوله : (وَبِفَسْخ أَحدهما ، انْعَزَلا ، ويعزله المعزول) .

أى : إذا قال أحدهما قسمت الشركة ارتفع العقد ، وإذا ارتفع العقدْ انْعَزَلَا جميعاً ، بخلاف ما إذا قال أحدهما للآخر ، عزلتك ، فإن الشركة باقية ولم ينعزل إلا المعزول .

وقوله : (ولبائع مال بِبَعْضِ ربح أَجْر مِثْلٍ) .

أى : إذا شرط رجل لمن يبيع له ماله بجزءٍ من الربح لم يصح فإن باع صح البيع للآذن ، ووجب له أُجرة المثل . وأشار بهذا إلى شركة الوجوه فى بعض قولهم ، وهو أن يبيع الوجيه مال الخامِل بجزءٍ

من الربح أو يشترى الوجيه للمالك الخامل بجزءٍ من الربح ، فإنه يرجع إلى أُجرة المثل ، والصحيح أَن شركة الوجوه غير ما ذكرناه ، وهى أَن يشترك اثنان ، فيما يشتريه كل منهما فى ذمته ، ويبيع والربح بينهما وهى باطلة أَيضاً ، واعلم أَن الشركة أَربعة أَنواع ، شركة العنان[1] ، وهى المراد بقوله : إنما تصح شركة أَهل توكل وتوكيل ، إلى آخره سميت بذلك تشبيها للشريكين فى حق الفسخ والتصرف والربح فى استواءِ طرفى عنان الدابة ، وقيل غير ذلك ، وشركة العنان هى الصحيحة دون سائر الأَنواع ، وقد أَشار إلى شركة الوجوه بما ذكرناه ، ولم يتعرض لشركة الأَبدان ، والمفاوضة .

فشركة الأَبدان أَن يشترك أَهل الحرف على ما يكتسبانه بينهم ، إمَّا بتساوى أَو تفاوت وهى باطلة ، وإن اكتسبا شيئاً وانفرد كل بعمله فهو له وإن اشتركا فى عمله قسم بينهما على قدر أُجرة المثل .

وشركة المفاوضة أَن يشتركا على ما حصل لهما ، من غُنْمٍ وَغُرْمْ فهما فيه سواءُ ، قال الشافعى ، لا أَعرف شيئاً فى الدنيا – إن لم يكن – شركة المفاوضة باطلة لما فيها من كثرة الغرر .

---

(١) وهى الصحيحة دون الثلاث الأخرى لخبر « السائب بن أبى السائب حبش بن عائذ المخزومى أنه كان شريكاً للنبى صلى الله عليه وسلم قبل البعثة ، ثم جاء إليه يوم فتح مكة فقال « مرحباً بأخى وشريكى » اهـ ص ٢٦٤ جـ ٥ نيل الأوطار ففى ذكره صلى الله عليه وسلم للشركة دليل على جوازها لأنه تقرير لما وقع قبله ، وفى ذكرها أيضاً تعظيم للسائب المذكور خصوصاً مع قرنها بالأخوة والترحيب وليس ذلك افتخاراً منه صلى الله عليه وسلم ، بالشريك كما توهم حاشية المنهاج للقليوبى ، وإنما كانت للتقرير وبيان الواقع / م .

الوكالة

وقـوله :(باب[1] صِحَّة وكَالةٍ فى قَابِلٍ[2] نيابةٍ ، من عقد وفسخ مُتَرَاخ وَقَبْض حق وعقاب ، وَيَقْتَص لغائب ، وفى تملك مباح[3] ، وخصومة لإثبات حَدٍّ لله إلا ضِمْنًا ، ولا فى معاص وإقْرار ، ويَصِيرُ به مقراً) .

أَى : ولا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة ، فإن قبلها صحت ، لأَن[4] النبي صلى الله عليه وسلم ، وكَّل فى شراءِ شاة وفى عقد نكاح أُم حبيبة ، فقبول النيابة هو ركنهما الأَول ، وذلك فى أَنواع البيع من السلم والصرف والتولية وغيرها كالرهن والهبة . والصلح والضمان وسائر المعاملات ، وكالإبداع والوصية ، والنكاح والخلع والطلاق والرجعة ، وتعيين المطلقة والعتق والكتابة ، وكذا الفسخ كالإقالة ، واستثنى من الفسوخ ما كان منها على الفور ، كالرَّد بالعيب لأَنه يعد

---

(١) فى الوكالة : وهى بفتح الواو وكسرها لغة التفويض ، والحفظ ، وشرعاً تفويض شخص أمره إلى آخر فى عمل مخصوص على وجه مخصوص فى حال الحياة ، كما يعلم مما يأتى ، والحاجةداعية إليها فهى جائزة ، وقال جمع مندوبة لخبر « والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » وبه يعلم أن المندوب قبولها ، وكذا إيجابها يتوقف القبول عليه مالم يرد الموكل عوض نفسه ، وأركانها أربعة :١ (مايجوز التوكيل فيه، وشروطه ثلاثة: الأول ملك الموكل ، والثانى قبول النيابة وحينئذ / ف الثالث أن يكون الموكل فيه معلوماً .

(٢) وهو مالا مباشرة له مقصود بعينه ، فقابل نيابة علمعلى هذا فلادور والجواب بغير ذلك فاسد ، كما فى الأصل وذلك لأنها أنابة . فلا بد أن تكون فيما يقبلها / ف .

(٣) كإحياء واحتطاب فيملكه الموكل إن قصده الوكيل، وإلا فلا ولهذاالتفصيل إعاد (فى) وإن أوهم أن هذا غير قابل للنيابة لأنه غير قابلها ، عند عدم قصد الغير ، وخرج بتملك المباح الالتقاط/ ف ، وتصح الوكالة فى كل فسخ كإقالة ورد بعيب وقبض وإقباض وخصومة من دعوى وجواب، وتملك مباح كاصطياد واحتطاب ، وتملك إحياء ، واستيفاء عقوبة / م .

(٤) يشير بذلك إلى حديث عروة بن أبى الحب البارق أنالنبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى اه به شاة . . الحديث ص ٢٧٠ جـ ٥ نيل الأوطار .

التوكيل فيه تقصير ، وأما العبادات فإنها لا تقبل النيابة إلا الحج لما ثبت فيه ، وركعتى الطواف تبعاً ، وفى تفريق الزكاة والكفارات والصدقات إلحاقا لها بالتصرف فى المال ، وذبح الأَضْحية والهدى ، لاستنابته صلى الله عليه وسلم . وتصح فى قبض الحقوق من الأَعيان والديون ، وقبض سائر العقوبات من الحدود وغيرها فى القصَاص ، والأَصح أَن له أَن يقبض فى غَيْبَة الموكل وتصح الوكالة فى تملك مباح ، فإذا وكله أَن يحتطب ، أَو يحيي له أَرضاً ، فقصده الوكيل ذلك صارت ملكا للموكل ، وتصح فى الخصومات التى تتعلق بالآدميين كإِثْبَات حد القذف وغيره ، ولا يصح فى إثبات حَدّ لله تعالى ، نعم قد يقع ثبوتها تبعاً ، مثل أَن يقذف رجل رجلا ، فيطالبه بحد القذف ، فله أَن يدرأَه عن نفسه ، بإثبات زناه ، فإذا ثبت أُقيم عليه الحد ، ولا تصح فى المعاصى ، فلو قال له اسرقْ لى أَو اقتل عنى فلانا ظلما ونحوه لم تصح الوكالة ، وتعلق الحق بالفاعل ، وكذا لا تصح الوكالة بالإقرار ، فإذا قال : أَقِرَّ عنى لفلان بأَلف لم تصح الوكالة ، لكنه يصير به مقرا ، وقوله فى الحاوى[1] : صحة الوكالة فى قابل للنيابة إلى قوله ولا يصير به مُقرًّا ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه أَطلق صحة الوكالة فى الفسخ وذلك إن لم يكن على الفور ، كما بيناه .

---

(١) وفى ح « صحة الوكالة فى قابل النيابة من عقد وفسخ وقبض حق وعقوبة ويقبض ولو بالغيبة وتملك مباح وخطوبة لافى إثبات حق لله تعالى والمعاصى والأقرار ولا يصبر به مقراً » .

الثانى : أنه أطلق أيضاً منع صحتها ، فى إثبات الحدود ، وقد تقع ضمْنًا كما بيناه ، فإذا ثبت زناه ثبت الحد ضمنها كما ذكرناه .

الثالث : قوله ولا يصير به مُقِرًّا ، هذا نقله الرافعى ، عن تصحيح البغوى خاصة ، ونقل قبله أن الإمام اختار أن يصير مُقِرًّا ، ونقل النووى فى الروْضة عن الأكثرين أنه الأصح .

وقوله : (ولا شَهَادَةٍ ، ويمينٍ ، كَلعَانٍ وإيلاءٍ وظِهَارٍ ، وَنَذْرٍ وَتَعْلِيق) .

أى : ولا يصح التوكيل فى الشهادات والإيمان إلحاقاً لها بالعبادات ومثل اليمين باللعان والإيلاءِ والظهار ، فإنها أيمان وعد الظهار بناءً على الأصح أن المغلب عليه اليمين ، والنذر فى معنى اليمين ، وكذا تعليق الطلاق والعتق ، كل هذا لا يصح التوكيل فيها .

وقوله : (معلوم علمًا يقل به غرز ، كنوع بصنف احتيج لاشتراءِ عبد ، لغير تجارة) .

أى : ويشترط أن يعلم الوكيل ما وُكِّلَ به علماً يقل به الْغَرَرُ ، فإن وكله فى شراءِ عبد فلابد من تبيين النوع كعبد زنجى لم يذكر معه الصنف كالدامونى والنووى ، وقد يغنى الصنف عن النوع ، كهذَيْن المثالَيْن ، فإن احتيج إلى جمعهما تعين ، ولا يجب ذكر الثمن ، ويجوز أن يشترى الموصوف بأقل مما عَيّن له ، وإنما يشترط ذلك فى شراءِ عبد للخدمة ونحوها ، أما إذا كان للتجارة ، فلا يحتاج إلى

وصف ؛ لأَن الغرض ما يربح فيه ، وقوله فى الحاوى ، كشراءِ عبد معين النوع والصنف ، أَو الثمن ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَن هذا فى غير عبد التجارة ، أَما من يشترى للتجارة فلا يشترط فيه ذكر نوعه .

الثانى : قوله : أَو الثمن ظاهره أَنه مخير بين ذكر الصنف والثمن ، والأَصح أَن ذكر الثمن لا يغنى عن الصنف .

وقــوله : (وكَبِمَا بَاعَ بهِ فُلاَنٌ) .

أَى : إِذا قال : بع بما باع فلان فرسه صح ؛ لأَن فيه تخصصاً يقل به الغرر ، لكن يشترط أَن يعلم الوكيل حالة العقد الثمن الذى باع به فلان ، لئلا يبيع بمجهول .

وقــوله : (وفيما له من خُصُومَةٍ ، وتَطْلِيقٍ ، وبَيْعٍ ، وعِتْقٍ ، لا فى كُلٍّ قليلٍ وكَثيرٍ) .

أَى : ومن العلم الذى يقل به الغرر أَن يقول : وكلتك فى كل مالى من خصومة وفى كل مالى من تطليق زوْجة ، وفى كل مالى من بَيْع وشراء وعتق ، وفى استيفاء ديون بخلاف ما إِذا قال : وكلتك مَالِىَ من كل قليل وكثير ، أَو وكلتك فى كل قليل وكثير ، وفوضت إِليك ، جميع الأَشياء أَو تصرف فى مالى كيف شئت .

وقــوله : (وعِلْمِ موكلٍ أَبْرَأَ ، ووَكِيلٍ عقد)

أى : ويعتبر فى الإبراء علم الموكل لا الوكيل على الأصح ، لأنه ليس بتمليك بل إسقاط على الأَصح ، وقد سبق فى الضمان أنه تمليك ، وما توسط به النووى فى الرجعة من أن الترجيح يختلف بحسب المسائل ، بل لظهور الدليل فى أحد الطرفين ، وأما فى سائر العقود فيشترط علم الوكيل ، فإذا وكله فى شراءِ عبد اشترط أن يعرف ثمن المثل حتى يشتريه به وسائر شروط العقد .

وقوله : (مِنْ[1] مُتَمكِّنٍ مِنْهُ مُطْلَقاً ، ومِنْ أَعْمَى فى نَحو بَيْعٍ وشراءٍ ، فيَسْتَنِيب ولِىٌّ مَلَكَ إنكاحاً ، لا قاض ووكيل فيما تَوَلَّيَا ، إلا بإذن ، أو قرينة كقدرِ المعجوز عنه) .

أى : لا تصح الوكالة إلا فى قابل النيابة ، ويشترط أن يصدر من متمكن من فعل ما وكل به ، فيخرج الصبى والمجنون ، لأنهما غير مُتمكِّنَيْن من التصرفات ، ولا تصح من المرأة فى النكاح ، ومن الفاسق فى تزويج ابنته ، وخرج بقوله مطلقاً أمور ، أوردت على غيره ، فراجعها من الدقائق ويصح من الأعمى التوكيل ، فى البيع والشراء والهبة والإجارة والرهن ، وإن كان لا تصح منه مباشرتها ، ويجوز للولى أن يستنيب إذا ملك التزويج ، بأن يكون مُجْبِراً كالأب والجد ، أو ولياً كالأخِ ، يوكل بعد أَنْ تأْذن له فى النكاح لأنه حينئذ يملكه ، ولا يجوز للقاضى والوكيل أن يستنيبا فيما تولياه إلا إذا أذن لهما ، أو كان ثمَّ قرينة ، تدل على الإذن ، مثل أن يولى

---

(١) الركن الثانى فى الموكل وشرطه ، صحة مباشرته ما وكل فيه ، بملك أوولاية ، فلا يصح التوكيل إلا من متمكن لخ / ف .

قُطْراً لا يمكنه أَن يقضى فيه وحده لسعته فله أَن يَسْتنِيب فى قدر المعجوز عنه وكذلك الوكيل إذا وكل فيما لا يمكنه الإتيان به ، لكثرته ، أَو ترفعه عنه ، استناب فيما لا يمكنه ، وفعل ما يمكنه ثم اعلم أَنه إذا أَذن له أَن يستنيب فلا يخلو إما أَن يقول اسْتَنِبْ عنى أَو عنك أَو يُطْلِق ، ففى الأَول النائب وكيل الموكل ، لا ينعزل بموت الوكيل ، وفى الثانية هو وكيل الوكيل ، فينعزل بعزله وبموته وله عزله متى شاء وفى الثالثة الأَصح أَنه كما لو قال استنِب عنى ، لا ينعزل بموت الوكيل ولا عزله ، فلو استناب عن نفسه عند الإ طلاق لم يصح على الأَصح ، فإن فسق من استنابه عند الإطلاق لم يكن له عزله على الأَقيس ، وقوله فى الحاوى من متمكن منه كالأَخ فى النكاح ، إلى قوله والأَعمى بيعاً وشراء : فيه أَمران :

أَحدهما : قوله كالأَخ فى النكاح[1] ، جعل الأَخ متمكناً بمجرد كونه أَخاً ، فلو فعل بالأَب لعلم أَن الأَخ بعد الإِذن مثله ، وقد أَشار القُونوِى ، إلى أَن الأَخ متمكن وإن لم يؤذن له بقوله ، فإنه متمكن من تزويج أُخته فى الجملة ، وذلك عند إذنها ، كما قال فى العبد تصح وكالته فى قبول النكاح ولو بغير إذن سيده ، وقال فإنه متمكن من قبوله لنفسه فى الجملة ، وذلك عند إذن السيد له فيه ، والذى اختاره المصنف وجه ، والأَصح خلافه .

(١) وفى ح « من متمكن منه كالأخ فى النكاح والوكيل بإذن قرينة كقدر المعجوز عنه كالقاضى ينيب والأعمى بيعاً وشراء » .

الثانى قوله : والأعمى ، بَيْعاً وشراء ، حصر ذلك فى البيع والشراء فلو قال : فى نحو بَيْع ، وشراء لكان أولى ، ليشمل كل ما يشترط فيه الرُّؤية من الإجارة والرهن والهبة .

وقوله : (وبطلت فيما سيملكه)[1] .

أى : إذا وكله فى بيع عبد قبل أن يملكه أو طلاق قبل أن يتزوج لغت الوكالة ، لأن الموكل لا يصح منه تصرف قبل الملك ، فلم يصح التوكيل فيه .

وقوله : (لمتمكن[2] من مثله ، فى الجملة ، لنفسه ، كفاسقٍ وعبدٍ ، وسفيه فى قبول نكاح ومُحْرِمٍ ، لا لعقده فيه ، وصدق مميز ، فى هدية وإذن فى دخول) .

أى : وإنما يجوز أن يوكل فى التصرف من متمكن من فعله لنفسه كالعبد فى قبول النكاح ، فإنه يجوز توكيله فيه ، وإن لم يأْذن له سيده ، لأنه متمكن من ذلك لنفسه فى الجملة ، وذلك إن أذن له سيده ، والفاسق والسفيه يتوكلان فى قبول النكاح كالعبد لتمكن السفيه منه عند الإذْن ، والفاسق مطلقا ، وكذلك الْمُحْرِمُ يجوز له أن يوكل فى عقد النكاح ، لكن لا يعقد إلا بعد التحلل ، فإن صرح له ، بالعقد فيه ، لم تصح الوكالة ، وكذلك

---

(١) من شروط الموكل فيه أن يكون للموكل عليه تسلط بأن يكون مملوكا له عند العقد ولذا قال ولا يصح فيما سيملكه أو يكون له عليه ولاية كالمبيع /م .

(٢) الركن الثالث الوكيل وشرطه . صحة مباشرته ما وكل فيه كالموكل ومن ثم لا يصح التوكيل إلا لمتمكن . . . لخ /ف .

الطفل المميز يجوز أَن يعتمد قوله فى إيصال الهدية والإذن فى دخول الدار ، فعلى هذا هو وكيل للمهدى ، والإِذْن ، ولا يجوز للوكيل أَن يوكلُ غيره فى حمل الهدية ، والإِذْن إلا بإذن أَو قرينة .

وقوله : (بإيجاب[1] ، وفَسَدَ ، بتعْلِيقها ، لا بتعليقِ التصَرُفِ جَعْلٌ لا تَصَرُّف وَقْتَه) .

أَى : لابدْ من لفظ على الإذن فى التصرف ، كوكلتك فوضت إليك وأَنَبْتُك وكذا بع واشتر ، ولا يشترط القبول باللفظ بل يكفى أَن يتصرف ، لأَن حقيقة التوكيل رفع الحجر عن الوكيل ، نعم يشترط أَن لا يرد ، فإنْ رَدَّ ثم تصرف لم ينعقد لأَنها تبطل بالفسخ بعد الشروع ، فالرد قَبْله أَولى ، وإن علق الوكالة ، فقال إذا جاء رأَس الشهر فقد وكلتك فهى وكالة فاسدة ، فإن كانت بجعل فسدت ، ووجب أَجرة المثل ، وإن تصرف فى الوقت الذى أَذن له فيه ، وهو بعد وجود الشرط صح تصرفه بالإذن ، فإن نجز الوكالة وعلق التصرف ، فقال وكلتك لكن لا تتصرف إلا إذا جاء رأَس الشهر صحت الوكالة ولزم الجعل .

وقوله : (ويدار عَزْلٌ كما أَدبرت وكفى تكرير ، لا فى كُلَّما) .

أَى : وإذا أَدار الوكالة بأَنْ قال : وكلتك فى كذا . فإذا

---

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة وشرط فيها من موكل ولو بنائبه مايشعر برضاه ، كوكلتك فى بيع كذا أو بع كذا كسائر العقود والأول إيجاب والثانى (بع كذا) قائم مقامه أما الوكيل فلا يشترط قبوله لفظاً أو نحوه إلحاقاً للتوكيل بالإباحة وأما قبوله معنى وهو عدم رد الوكالة ، فلا بد منه ، فلو رد وقال لا أقبل أو لا افعل بطلت ، ولايشترط فى القبول هنا الفور ولا المجلس ، وعقد الوكالة حائز فلكل فسخها متى شاء /ﻫ .

عزلتك فأنت وكيلى ، وأراد التخلص من وكالته ، وطريقه أن يدبر العزل كما أدار الوكالة ، ويقول : متى عُدْتَ وكيلى ، فأنت معزول ، ثم يعزله ، فتقاوم الوكالة العزل ، بل لابد من إدارته بكُلَّما ؛ لأَنَّها تقتضى التكرار أبداً بخلاف سائر أدوات الشرط فإنها تقتضى العود مرة واحدة ، وإليه الإشارة بقوله : ويدار كما أديرت ، وقد يقال الوكالة تفسد بالتعليق على الصحيح ، فكيف فرع على الضعيف فنقول : هى وإن فسدت ، فالتصرف نافذ ، للإذن فاحتاج إلى تعليق العزل ليبطل الإذن به .

وقوله : (وباع إنْ أَطْلَقَ ، بثَمَنِ مِثْلٍ ، وَمَا سُمِحَ بهِ حَالًّا ، من نَقْدِ الْبَلَدِ ، لا مِنْ نَفْسِه ، ونحو طفْلة وإن أُذن) .

أَى : إذا أَطلق الموكل الوكالة بالبيع صح وكان للوكيل أن يبيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد ، ولا يجوز أَن يبيع بدون ثمن المثل ولا مؤجلا ، ولا بعرض ، ولا بغير نَقْد البلد ، فإن باع العين بيسير يتسامح بمثله فى العرف لم يضر ، فإن كان كثيراً فهو البيع بدون المثل ، ولا يجوز أَن يبيع من نفسه ولا من نحو طفله ، وإن أَذِنَ له أَن يبيع منهما على الصحيح ، لأَنه إنما جاز أَن يتولى الأَب الطرفَيْن لعدم التهمة ، وقال الأَذْرعى فى شرح[1] المنهاج قال ابن الرفعة إذا أَذِن له فى البيع من نفسه وقدر الثمن ومنع من

---

(١) شرح المنهاج للأسنوى اسمه « غنية المحتاج » وله شرح له آخر سماه « قوت المحتاج » والشرحان عظيمان للمنهاج .

الزيادة لا يبعد جوازه ، لانتفاء التهمة ، أمَّا من ابنه الكبير وأبيه وزوجته فيصح على الأَصح .

وقوله : (فإنْ زِيد قَبْل لزُومٍ ، فَسَخَ ، وإلا انْفَسَخَ) .

أى : وإذا باع عند الإطلاق بثمن المثل ثم حصلت زيادة بأَن رغب فيه راغب بأَكثر من ثمن المثل ، وكان ذلك فى مدة الخيار ، فإنه يجب على الوكيل أَن يفسخ ، فإن زاد العاقد الزيادة أَمضى العقد ، فإن لم يزد ولم يَفْسَخ الوكيل انفسخ العقد لأَنه قبل اللزوم ، وقوله فى الحاوى[1] : وإن زيد فى المجلس فيه أَمران :

أَحدهما : أَن ذلك ليس مختصاً فى المجلس بل لو زاد فى خِيار الشرط ، فحكمه كذلك ، فلو قال قَبْل اللزوم ، لكان عاماً .

الثانى : قضى بأَنه تنفسخ بنفس الزيادة وليس كذلك بل يجب على الوكيل أَنْ يفسخ العقد فإن لم يُفسَخْ وباذل الزيادة باق على رغبته انفسخ العقد ، فإن بَادَلَهُ فى الزيادة ، فلا فسخ .

وقوله : (وله شَرْطُ خِيارٍ لَهُ ، أَو لِمُوَكِّلِهِ فَقَطْ ، فَإِن أَمَرَ بِهِ وجب ، ولو لأَجنبي) .

أَى : وإذَا وكَّل فى البيع جاز له أَنْ يشرط الخيار لنفسه ، وجاز أَن يشرطه للموكل ؛ لأَن ذلك لا يغير الموكل ، ولا يجوز أَن يشرطه لغيرهما ، فإن فعل لم يصح ، فإن أَمره بشرط الخيار تَعَيَّن عليه ذلك ،

(١) وفى ح « وإن زيد فى المجلس الفسخ ونقبض العوض فيسلم وإن أطلق الأجل اتبع العرف » .

فإن لم يفعل لم يصح ، وقوله فى الحاوى : ولا يشترط الخيار ، مُقْتَضَاهُ أَن الوكيل ممنوع من شرط الخيار مطلقاً ، والأَصح أَن له شرطه لنفسه وللموكل ، ذكره فى العزيز والروضة ، وغيرهما ، مع أَنه قد ذكر فى الخيار إشارة إلى الجواز .

وقوله : (وله قبض حالٌّ ، ثم إِقْبَاضٌ) .

أَى : وللوكيل فى البيع قبض الثمن الحال ، وفى الشراءِ قبض المبيع أَولا ثم الإِقباض بعد ذلك ، فإِن سلم الوكيل المبيع قُبِل قبض الثمن ، أَو الثمن قبل قبض المبيع ، لم يجز ، وضمن .

وقوله : (فإِن قال أَجِّل فالعرف) .

أَى : إِذا وكله فى البيع مؤجلا ولم يبين له الأَجل صح على الأَصح ، وحمل على العرف فإِن باعه حالاً بقيمته مؤجلا ، نظرت ، فإِن كان له فى التأْجيل غرض ، فإِن كان لحفظه مُؤنة ، أَو كان وقت نَهْب لم يجز ، وإِلا جاز على الأَصح .

وقوله : (وانعقد لموكلٍ مَعِيبٌ جُهِلَ ، ولكل رَدٌّ ، لا لِرَاضٍ ، ولا لوكيل إِن رضى موكِّلٌ ، أَو اشترى ما عَيَّنَ بعَيْنِ ماله) .

أَى : وإِذا اشترى الوكيل معيباً ولم يعلم بالعيب ، وقع الشراءُ للموكل ، ثم للموكل رده بالعيب ، وكذا فى الوكيل ، إِلا فيما سيأْتى ، وليس لمن رضى منهما أَن يرد ، فإِن رضى الموكل ولم يرض الوكيل فلا رد ، لأَن المعتبر ، رضى المالك ، وإِن رضى الوكيل ولم

يرض المُوَكل رد الموكل لأنه المالك ، وهذا إذا اشترى فى الذمة ، أو غير معين ، أما إذا اشترى المعيب المعين بعين مال الموكل لم يثبت الرد ، إلا للموكل فقط ، والفرق أنه قطع نظره ، ولم يبق عهدة تتعلق بالوكيل هنا ، وقوله فى الحاوى[1] : لا إن رَضِى الموكل : إذا عَيَّن المشترى بالعَيْن مُقْتَضَاه إن رضى الوكيل ، بالمعيب ، لا يَسْقُط خياره ، فيه ، بل إذا عاد وردّ جاز ، وذلك وجه والأَصح خلافه ،

وقوله : (وتعيَّن بِتَعْيِينِه سوق ، لا إن قدر الثمن ، وَمشْتَرٍ ، وَقَدْرٌ وزَمَانٌ ، وجنس ، وَيُبَدِّلُ لمصلحةٍ ، أَنْ لم يُنْهَ بقَدْرٍ ، لا إن عُيِّن مُشْتَرٍ ، وَبِأَجَلٍ وَحُلُولٍ) .

أى : إذا أَمر الموكل الوكيل ببيع ماله ، فى سوق لم يجزه به البيع فى غيره إن كان له فيه غرض ، وكذا إذا لم يكن على الأَصح ، نعم إن كان قد قدَّر له الثمن فالأَصح أَنه لا يتعَيَّن السوق وإن قال بعْ من زيد لزمه أَن يبيع منه ، لجواز اختياره لكونه أَحسن معاملة أَو حِلَّ مالٍ أَو لغرض آخر ، وكذلك إذا عيَّن الْقَدْرَ مثل أَنْ يقول بع بمائة ، لكونه أَحسن ، لزمه أَن لا ينقص عن المائة ، وكذا إنْ عيَّن الزمان لم يجز البيع قَبْلَه ولا بعده ، وكذلك إذا عَيَّن له جِنْسًا كأَن قال بع بأَلف درهم ، فإنه لا يجوز أَن يبيع بأَلف مثقال ؛ لعدم امتثاله فيما أُمر به ، نعم يجوز أَن يبدل بما ذكرناه بالقدر للمصلحة ، وذلك مثل أَن يأَمره ببيع عبد بمائة فيبيعه بمائة وعشرة مثلا ، فإنه

---

(١) وفى ح « وإن اشترى المعيب فللموكل إن جهل ورد لا إن رضى الموكل » .

يجوز للمصلحة . أَو بشرائه بمائة وعشرة ، فيشتريه بمائة ، فإنه يجوز ، وكذا ببدل الأَجل ، مثل أَن يقول : بعْهُ بمائة مؤجلة شهرا ، فيبيعه بمائة حالة ، أَو مؤجلة نصف شهر ، أَو يقول اشتر لى عبد فلان ، بمائة حالة ، فيشتريه بمائة مؤجلة ، ولم يكن لحفظه مؤنة ، ولا زمن نهب ، فإنه يجوز للمصلحة ، إلا إذا أُمِرَ أَن يبيع بالمائة من رجل معين فإنه لا تجوز مخالفته ، لأَنه قد يقصد الرفق به ، أَو محاباة ، فلا يجوز أَن يفوت عليه غرضه ، وقوله فى الحاوى : وإذا عَيّن المشترى والقدر والزمان والسوق والجنس تعين ، ويُبَدَّل الْقَدْرُ والأَجَلُ والحلول ، بالمصلحة ، ما لم يُنْهَ ، فيه أَمران :

أَحدهما : قوله والسوق مقتضاه ، أَنه يتعين على الوكيل البيع فيه بنفسه ، وليس كذلك بل إذا قدر له الثمن ، لم يتعين السوق ، وإن عينه كما نقله فى الروضة عن صاحب الشامل[1] والتتمة وغيرهما.

الثانى : قوله : ويبدِّل القدر والأَجل والحلول بالمصلحة ما لم ينه ، مقتضاه أَنه إذا عيّن له المشترى أَنَّ إبْدَال القدر جائز فليس كذلك ، بل لا يجوز لأَنه قد يقصد إرفاقه بالمبيع ، بخلاف ما إذا قال له اشْتَرِ عبد فلان بمائة ، وأَنه يجوز أَن يشترى بخمسين إن لم ينه ، والفرق بينهما وبين ما إذا قال بع عبدى من فلان بمائة حَيثُ لا يجوز بيعه بأَكثر ، أَنه فى البيع ممنوع فيما زاد عن المائة ، فلا يجوز قبض ما منع

(١) الشامل لابن الصباغ محمد بن عبد الواحد بن محمد بن أحمد أبو طاهر المعروف بابن الصباغ .

منه ، وفى الشراء مأمور بدفع مِائة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به ، كما ذكره فى الروضة .

وقوله : (وَبِشَاةٍ بِدِينَارٍ شَاتَيْنِ ، إحداهما تساويه) .

أى : وَيُبَدِّل شاة بدينار شاتين كما وصف ، فإذا وَكَّلَه رجل فى شراءِ شاة موصُوفَةٍ بدينار ، فاشترى به شاتين بتلك الصفة كل واحدة تساوى ديناراً صح الشراء فيهما للموكل على الأظهر ، وإن لم يكن فيهما ما يساوى ديناراً لم يصح الشراء له فيهما ، وكذا إذا ، تساوت واحدة ولكن ليست على ما وصفه لأنه لم يفعل ما أُمر ، وإنْ سَاوت إحداهما دينارًا والأُخرى أَقل منه ، صح الشراء للموكل أيضاً على المذهب ، واشترط فى الحاوى[1] ، أَنْ تساوى كل واحدة ديناراً ، والمذهب كما ذكره النووى فى الروضة ، أَنه لا يشترط والأَصل فى ذلك[2] قصة عروة البارقى ، فإنه سلم إليه النبى صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشْترى به شاة ، وصفها ، فاشترى به شاتين ، وباع إحداهما بدينار وأَتاه بدينار وشاة ، فإن قيل يجوز فى مسأَلتنا هذه ، أَن يبيع إحدى الشاتين ، ويأْتيه شاة بدينار وقيمة الأُخرى قلنا لا ، وأَما حديث عروة فلعله ، كان مأْذوناً له فى بيع ما رآه

(١) ح « وشراء شاة بدينار بشاتين تساوى كل » .

(٢) روى احمد والبخارى وأبو داود عن عروة بن أبى الجعد البارقى « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به له شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعاله بالبركة فى بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه » ، وأخرجه أيضاً الترمذى وابن ماجه والدارقطنى ، وقال المنذرى والنووى إسناده صحيح ص ٢٧٠ حـ ٥ نيل الأوطار .

مصلحة فى ماله صلى الله عليه وسلم ، فإن قيل كيف يوكل فيما سيملك قلنا إذا وَكَّلَه فى بيع ما يراه مصلحة من ماله ، دخل غير الموجود ، تابعاً للمأْخُوذ ، وإنما يبطل إذا خصص الوكالة فيما سيملك ، أَلا تراه لو قال : وقفت على من سيولد لى لم يجز ، ولو قال على أَولادى ومن سيولد جاز .

وقوله : (ووكيل خصومة ، لا يَسْتَوْفِى كعكسه ، ولا يُقِرُّ وانْعَزَلَ به ، فإن أَبرأَ وصالح لَغا كشهادته له فيها إلا انعزل قبل خوض) .

أَى : وكَّل رجلا فى خصومة آخر ، كإثبات حق له عليه ، لم يكن له أَن يستوفيه وإن وكله فى الاستيفاء منه ، لم يكن وكيلا فى خصومته ؛ لأَن كلا منهما ليس من لوازم الآخر ، بخلاف القبض والإقباض فى البيع ، فإنهما من لوازمه ، وليس للوكيل فى الخصومة أَن يقر لخصم موكله ، فإن فعل انعزل لاعترافه أَن مطالبته لا تجوز ، وإن أَبرأَ غريم موكله أَو صالحه عن شىءٍ لغا ولا ينعزل ، لأَنه باطل وكذا إذا شهد لموكله فى الخصومة التى وكل فيها لم يقبل ولم ينعزل لكنه إذا عُزِل قبل الخوض فى الخصومة وشهد لموكله قبلت شهادته لعدم التهمة ، وقوله فى الحاوى : وبالخصومة لا يقرُّ ولا يصالح ولا يبرئُ ولا يشهد له فيها إلا إن عزل قبل الخوض : قضى بمنع الوكيل ، من هذه الأَشياءِ ، ولم يبين ما حكمها ، إذا فعلها ، وحكمها مُخْتلف فإن الإقرار يَنْعَزِل به الوكيل لما بيناه ، وكذا بشهادة على الموكل ، ولا ينعزل بالإبراءِ وبالمصالحة والشهادة للموكل .

وقوله :(فإن قال اعْفُ عن الْقَوَدِ بِخَمْر ، فَعفا به ، لا بغيره صح بالدية) .

أي : وإذا وكله فى القصاص أن يعفو عن القصاص بعوض فاسد ، كالخمر ، امتثل وعفا على الخمر صح العفو ، وسقط القصاص ووجب الدية لكون العوض فاسدا ، وإن لم يمتثل وصالح ، بفساد آخر كالخنزير أو بدراهم أو بالدية لم يصح على الأصح لعدم الامتثال .

وقوله فى الحاوى : وبالصلح عن الدم على الخمر إن فَعَل صح العفو لا عن خنزير كعكسه : يوهم تخصيص البطلان بما إذا خالف فى الفاسد بفساد آخر ، وليس كذلك ، بل لو صالح فى هذه الصورة على الدية فهو كما لو صالح على خنزير ، والأصح فيهما البطلان .

وقوله :(ولغا توكيل فى تصرف فاسد[1]) .

أى : وإذا وَكَّله أن يتصرف تصرفاً فاسداً لم يملك الصحيح ، ولا الفاسد بخلاف ما إذا فسدت الوكالة بغير ذلك كتعليقها بشرط ونحوه فإنها تفسد وينفذ التصرف ، وهذا معنى قوله فى الحاوى : ويفسد بالتصرف الفاسد فحرف الجر متعلق بالوكالة وإن سَبق إلى الفهم ، أنه متعلق بقوله ويَفْسد .

وقوله : (وَبَيْعٌ جُرِّدَ لموكِّله ، وبمخَالفةٍ ، بَيْعٌ وكذا اشتراءٌ بِعَيْن لا فى ذِمَّةٍ ، بل تقع له ، وإن سمى موكله) .

---

(١) كبع واشتر لى قدوم زيد فلا يملك العقد الصحيح لعدم الإذن ولا الفاسد لمنع الشرع / ف .

أى : ولغا بيع جُرِّد لموكله ، فإذا قال بعت موكلك هذا العبد . فقال قبلته ، فهو باطل لعدم المخاطبة بينهما ، وللعقد أحكام فى المجلس وغيره تتعلق بالعاقدين كالخيار والتسليم والقبض فلابد من موجب العقد بخلاف النكاح فإنه لا عهدة عليه تتعلق بالوكيل بل لا يصح فيه إلا إذا سميا الموكل لتقع الشهادة المشروطة فى العقد عليه ، فإن أمر الموكل بالبيع على صفة فعقد بخلافها بأن قال بع بذهب فباع بفضة أو عكسه لغا العقد ، وكذا إن خالفه فى الشراء بأن قال اشْتَرِ عبدًا حبشيا فاشترى نوبياً ، أو شرط الخيار للبائع بلا إذن ونحوه ، فإنه يُنْظَر إن عقد بِعَيْن مال الموكل بطل كما إذا قال بع العبد ، فباع الجارية ، وإن اشتراه فى الذمة وقع للوكيل سواءٌ سمى موكله أم لا ؟ ولو قال اشتر فى الذمة ثم انقد المال فيه ، فاشتراه بعين ماله لم يصح لأنه عقد بِعَيْن ماله على غير الوصف ، ولو اشتراه فى الذمة كما أمر ثم سلم المال من نفسه وقع للموكل ، ولم يرجع عليه لأنه قضى دَيْنَه بغير إذنه .

وقوله : (وتعلق حكم عقد بوكيله ، وطولبا بالدين ، كعامل وَرَبّ المال) .

أى : وأحكام عقد البيع والشراء ونحوه يتعلق بالوكيل فَيُعْتَبَر رؤيته ويلزمه لمفارقته المجلس ، ولا تعتبر رؤية الموكل ولا مفارقته المجلس إن حضر ، وكذلك فى تقابض الربوى وقبض رأس مال السَّلَم فى المجلس ، فلو أجاز الموكل العقد قبل التفرق كان للوكيل فسخه ،

نقله فى العزيز والروضة عن التتمة ، وأما الثمن فيطالبان به جميعاً الوكيل والموكل وكذا العامل وربّ المال وأما الملك فيختص به الموكل ولا يدخل أولا فى ملك الوكيل على الأصح ، لأنه لو دخل لعتق عليه أبوه.

وقوله : (وَيَنْعَزِلُ بعَزْل واحدٍ ، وَجَحْدِه بلا عذر وَبِزَوَالِ أَهْلِيَّته كإغمائه وزوال ملكه أَوْ مَنْفَعَتِه) .

أى : وينعزل الوكيل بعزل واحد وهو إما نفس الموكل لأن العقد جائز من الجانبين جميعاً ، ويُؤْخذ من هذا الإطلاق أنه ينعزل وإن لم يعلم وهو الأظهر من القولين[1] ، كما لو زالت أهليته ، فإنه ينعزل وَكِيلُه ، وإن لم يَعْلَم وأمَّا عدم انعزال القاضى قبل بلوغ الخبر إليه فلما يترتب على عمله من المصالح الكلية ، وينعزل بجحد واحد منهما للوكالة من غير عذر ، بأن جحد وهو عالم غير محتاج إلى الجحد ، وأما إذا جحد ، نَاسِيًا ، أو قبل العلم بالنيابة ، أو بعده لكنه خاف ضررًا ونحوه لم ينعزل ، وكذا إذا جُنَّ أحدهما ، أو أُغمى عليه ، انعزل إلا إذا أُغمى على موكله فى الرمى فإنه لا ينعزل وكيله على الأصح ، وقد سبق ذكره فى الحج ، وينعزل الوكيل فى الحجر عليه لسفه ، أو فلس ، وباسترقاقه ، وينعزل بزوال الملك فيما وكل فيه ، بأن باعه ، أو أعتقه أو باعه الوكيل ، ثم عاد إليه بعيب ونحوه ولا يملك بيعه ثانياً على الأصح ، وكذا بزوال منفعته بأن أَجَّرَه أو زوج الجارية ، ولا يخفى أن الرهن كزوال الملك لامتناع

---

(١) والقول الآخر يقول لا ينعزل حتى يبلغه الخبر كالقاضى شرح المنهاج باب الوكالة حـ ٣ /م .

تصرف المالك فيه ، وقوله فى الحاوى : وَيَنْعَزِل بِعَزْل واحد وجحده بالعلم بلا غرض ، وزوال أَهلية واحد كالإغماء وزوال الملك ورد الوكيل . فيه أُمور :

أَحدها : قوله وزوال أَهلية واحد كالمصرح بأَن الضمير فى قوله وجحده عائداً إلى الوكيل خاصة والجحد من كل منهما ولا عذر وكان الصواب أَن يقول وجحده وزوال أَهليته .

الثانى : أَنه اقتصر على زوال الملك فيما وكل فيه فأَوهم أَنه لو أَجَّرَهُ أَو زَوَّج الجارية لم ينعزل وليس كذلك ، كما هو مذكور فى العزيز والروضة .

الثالث : قوله ورد الوكيل قد سبق قوله وعزل واحد ، وهو داخل فيه ، فإن قوله ردت الوكالة كقوله فسختها .

وقوله :(لا بِتَعَدٍ وضمن به ، لا بعد بَيْع ، أَو إِقْبَاض ، ولا الثمن ، وعاد إِنْ عاد بفسخ) .

أَى : ولا ينعزل بالتعدى فيما وكل فيه لكنَّه يصير ضَامِنًا به فإِنْ باعه بالوكالة وأَقْبَضَهُ برئ من الضمان ، وكان الثمن فى يده أَمانة ولكن إنْ عاد إليه بفسخ ونحوه عاد الضمان ، وقوله فى الحاوى : وضمن لا ثمنه ، ولا إنْ باع وسلَّم يقتضاه أَنه بما يضمنه إذا لم يبع

وسلم ، فإذا باع وسلم بَانَ أن لا ضمان وليس كذلك ، بل يكون ضامناً وسقط عنه الضمان بالبيع ، وتلزمه الأُجرة للمدة الماضية .

وقوله : (وحلف[1] نافى إذن[2] ، وصفته ، وتصرفِ وكيل ، وقبضِ ثمنِ مبيع أَو سُلِّمَ بحق) .

أَى : إذا اختلفَا فقال مدعى الوكالة أَذنت لى فى بيع الثوب وقال المالك مَا أَذنت لك ، فالقول قوله مع يمينه وكذلك القول قول نافى صفة الإذن ، كأَن قال : أَذنت لى فى البيع مؤجلا فقال لم آذن فى الأَجل ، أَو أَذنت لى فى البيع بعشرة ، أَو فى بَيْعه كله ، فالقول قول النافى ، لأَن الأَصل عدم ما ادَّعاه ، وكذلك إذا اختلفا فى التصرف فقال تصرفت فقال المالك لم تتصرف بَعْدُ ، فالقول قول المالك ، وإن قال قبل العزل على المذهب ، لأَن الأَصل عدم تصرفه ، وإن اختلفا فقال الوكيل قبضت الثمن وتلف فى يدى ، وقال المالك لم تقبضه بَعْدُ ، فإن كان المبيع باقياً فى يده ، فالقول قول المالك على الأَصح ، لأَن الأَصل أَنه لم يقبض الثمن ، وإن كان بعد قبض المبيع فالقول قول وكيل على الأَصح ؛ لأَنه أَمين ، وتسليم المبيع قبل قبض الثمن تقصير وخيانة فلا يصدق عليه لذلك ، نعم إن كان قد أَذن فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن أَو فى البيع بمؤجل ، أَو لم يأْذن وكان فى التأْجيل مصلحة ، لم يكن خائنا ولا مقصراً بالتسليم إليه فيكون الأَصح أَن القول قول

---

(١) لو ادعى وكيل أنه أذن له فى بيع كذا أو فى نسيئته ، أو بعشرة ، أو بيع كله ، فأنكر المالك ولايته حلف نافى الخ / ف .

(٢) ستأتى هذه فى الدعاوى فهى مكررة / ف .

المالك ، فقوله فى الإرشاد : أَو سلم بحق يشمل ذلك كله ، وقوله فى الحاوى : وقبض الثمن قبل تسليم المبيع مقتضاه أَنه بعد التسليم لا يقبل قول الموكل مطلقاً ، وليس كذلك ، بل إذا كان التسليم بإذنه قُبِلَ قَوْلُه . وله المطالبة لما بيناه .

وقــوله : (وإن اشْتَرَى له جَارِيةً ، فَحَلَفَ لَقَد خالفه ، والبائع مُقِرٌّ بالمال لموكله ، فلا شراء ، أَو منكر وَقَعَتْ للوكيل إن كذب وعقد فى الذمة ، وإلا وقعت له ، ظاهراً ، وله بيعها ليستوفى إن لم يَبِعْهُ الموكل ، ولو بأَن كُنْتُ أَذنت فقد بعْتُكَهَا ، أَو البائع إن كذَّب والشراءُ بالعين) .

أَى : إذا وكله فى شراءِ جارية بعشرين ديناراً مثلا ، وكان البائع معترفاً بأَنه وكيله والمال ماله ، فأَنكر الموكل الإذن بذلك وحلف ما أَذنت له إلا بعشرة فلا شراء ، لأَن الموكل أَنكر الإذن الذى يصح به الشراءُ ، وإن أَنكر البائع وكالته ، نظرت ، فإن كان الوكيل كاذباً وكان الثمن فى ذمته ، فإن الجارية تقع له ظاهراً وباطناً ، لأَنه خالف الموكل ، فوقع العقد له وإن كان صادقاً لم يحل له وطؤها ، لكن له بيعها ليستوفى لأَن الموكل ظلمه بأَخذ المال منه ، وقد ظفر بمالِهِ فله بيعها للاستيفاء منه ، وإن كان الشراءُ بالعين ، وهو كاذب لم يكن له بيعها ؛ لأَنها ملك لِلبالغ ، فكيف يشتريها من الموكل لكن البائع ظلمه بأخذ الثمن ، فإن باعها منه ، وإلا فله بَيْعُهَا ، وقوله فى الحاوى : فإذا اشترى جارية بعشرين وحلف أَنه لم يأْذن فيه واعترف البائع

بوكالته ، اندفع الشراءُ ، وإن أنكر فيقول للوكيل بعتك بعشرين وإن أذنت فقد بعتك صح ، وإلا فلا يحل له ، وله بيعها . فيه أمران :

أحدهما : أنه حرم على الوكيل وطؤها مطلقاً وقد ذكرنا أنها تحل له فى حالة وهو إذا كان كاذباً والشراءُ فى ذمته لما بيّنّاه أولا .

والثانى : أنه جوز له شراءها من الموكل مطلقاً وذلك لا يجوز حين يكون كاذباً ، والشراءُ بالعين لما بيّنّاه ، أنها تكون ملكاً للبائع .

وقوله : (ولغير مُصَدَّقٍ فى أَداءٍ ، حَبْسٌ لإشهاد[1] ، ولإِثْبَاتِ وكيلٍ لا وارث وَمُحْتَالٍ إنْ صَدَّقَ) .

أى : من كان تحت يده مال لغيره فلا يخلو ، إما أن يكون مصدقاً فى الرد أولا ، فإن كان مصدقاً كالوديع والوكيل فليس له حَبْسُ المال عمن أئتمنه ، طلباً للإشهاد عليه على الأصح لأنه يصدق فى الرد ، وإن كان لا يصدق كالوصى والغاصب والمستعير والمستام فله حبسه ، وكذا المؤتمن فى التسليم إلى وكيل المالك ؛ لأنه لا يؤمن من الجحود والتسليم ثانياً : ولكلٍّ التأخير عن وكيل المالك إلى إثباته بالوكالة سواءٌ صدق أم لا ، فإن جاء وارث المالك ووديعه أو غاصبه فطلب منه المال وصدقه أنه وارثه لم يكن له تكليفه الإثبات ، وكذا المحتال إذا صدّق فى الحوالة عليه ، لأنه اعترف لهما بالملك ، وأما

---

(١) أى إلى . ولأجل إشهاد القابض على نفسه بالقبض وإن لم تكن عليه بينة بأن المال عنده لعدم قبوله ، فلو كلف عدم الحبس لتضرر ولأجل هذا سومح الغاصب فى التأخير لذلك مع وجوب التوبة عليه فوراً المتوقفة على الرد /ف .

الحبس للإشهاد ، إن كان عليه شهود فله وإلا فوجهان ، والمستعير أولى .

وقوله : (وَضَمِنَ مُؤْتَمَنٌ وَمَدْيُونٌ ، أَدَّيَا ، بإِذن مَالِكٍ غائبٍ بلا إشْهاد إن صدَّق)

أى : إذا كان لرجل عند آخر مال أو له عليه دَيْنٌ ، وأمره بتسليمه إلى غريم ونحوه . فحقه أن يشهد عليه ، فإن سلم المال من غير إشهاد نظرت ، فإن كان المالك حاضراً لم يضمن على الأصح ، وإن كان غائباً وجحد الغريم وحلف المؤدى إن كذبه المالك وإن صدقه لم يضمن على الأصح ، وقوله فى الحاوى : وضمن الوكيل لا المودع بتركه : فيه أمران :

أحدهما : أنه ألزم الوكيل الضمان بترك الإشهاد مطلقاً ، والأصح أنه إذا سلم بحضرة الموكل لم يضمن .

الثانى : أنه أسقط الضمان عن مودع لم يشهد وأطلق وليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا صدَّقة الموكل ، فإن كذَّبه ضمن كما هو المعروف فى المذهب .

وقوله : (وإن جحد وكيل قَبْضَ ثمنٍ ، وثبت ضمن ، لا إنْ أَثْبَت بتَلفِ قَبْل جَحْدِ ، أو بردٍّ ، وصُدِّق ، فى تَلَفِ بَعْدَه ليضمن[1]) .

---

(١) البدل للموكل لخيانته ، ففائدة تصديقه انقطاع المطالبة بالعين ، كما يصدق الغاصب ، فى دعوى التلف وتنقطع عنه بالمطالبة بالعين وأولى / ف

أى : إذا قبض الوكيل الثمن ثم جحد نظرت ، فإن قال لا تستحق على شيئاً ثم ادعى التلف أو الرد صُدِّقَ إذ لا تناقض فى كلامه ، وإن قال لم توكّلنى أو لم أقبض فأقام الموكل البيّنة على ما أنكره لم يصدَّق فى دعوى التلف والرد ، وهل يسمع ببينته ، إن أقامها ؟ فيه وجهان ، الأصح أنها تسمع . فإذا سمعت نظرت ، فإن شهدت بالردِّ فلا كلام ، وإن شهدت بالتلف نظرت ، فإن شهدت بأنه كان قبل الجحود سقط الغرم وإلا وجب ، وإن ادعى التلف بَعْد الجحود وصُدِّق بيمينه ، وغرم القيمة لعداوته[1] ، وقوله فى الحاوى : وإن ثبت قبض الوكيل لم تُسْمَع بينة التلف والرد قبل الجحود وبعده تسمع بيِّنة الرد ، ويصدق فى التلف ، ويضمن قطعاً بإذْن ، إذا ثبت بإذنه تلف أو ردَّه أوَّلا قَبْل جحوده ، لا تسمع والأصح أنها تسمع كما صححه الرافعى والنووى ونسبا مقابله إلى الإمام والغزالى ، فقط ، وأنه لا يضمن والحالة هذه .

---

(١) فى (ب) (لعدوانه) والمعنى قريب وهو التعدى والمخالفة /م .

الاقرار

وقوله : (باب[1] : يؤاخذ مكلف أقر عن رضا) .

أى : فلا يؤاخذ الصبى والمجنون والمكره وقد ذكر حكم المحجور عليه فى بابه ، ودخل السكران فى المكلف والمريض والرقيق فإنهم مكلفون ولم يتعرض فى الحاوى لاختيار[2] المقر .

وقوله : (كعلَىّ أو فى ذمتى عندى معى) .

أى : هذه صيغ الإقرار ، فإذا قال له : فى ذمتى ألف لم يقبل تفسيره إلاَّ بالدين ، فإن فسره بالوديعة لم يقبل ، وأما عندى ومعى فيصلح للعين والدين ، فإن فسره بالوديعة وادَّعى تلفها و أما عَلَىَّ فسيأتى .

وقوله : (وبقَوْله لشريكه الغنىّ أَعتقت) .

أى : يؤاخذ بذلك لأنه إقرار بعتق نصيبه بالسراية بخلاف الشريك المعسر .

وقوله : (ونعم بجواب اشتر عبدى هذا) .

---

(١) فى الإقرار وهو لغة الإثبات وشرعاً إخبار خاص عن حق سابق لغيره عليه ، وعكسه الدعوى ، ولغيره على غيره الشهادة ، أما العام عن محسوس ، فهو الرواية وعن حكم شرعى فهو الفتوى ، وأركانه أربعة مقر وصيغة ومقر له وبه ، الأول المقر وشرطه تكليف واختيار وعدم الحجر كما مر فحينئذ يؤخذ الخ / ف .

(٢) لما عرف من أن المكره لايعتد بعمله إذا توافرت شروط الإكراه لحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

و ح « المكلف يؤاخذ بإقراره كمل وفى ذمتى وعندى ومعى وأعتقت شركاً للموسر نصيبه ولا ونعم لجواب ألك زوجة » .

أي : إذا أَجاب من قال له اشْترِ عبدى هذا فقال نعم ، فهو إقرار من القائل نعم بالعبد لمن يعرضه للبيع ، فلو قال اشتر هذا العبد منى ، فقال نعم ، فهو إقرار بملك البيع لا العبد ، ولو ادعى عليه عبداً فقال اشتريته من وكيلك ، فهو إقرار بالعبد ، فيحلف أَنه ما وكله ويأْخذه ، وقوله فى الحاوى : ولا ونعم لجواب : أَلك زوجة واشتر عبدي هذا : فيه لف ونشر ، فَأَلك زوجة ؟ جوابه قوله لا ، واشترِ عبدى هذا جوابه نعم ، لكن قوله : إن الإقرار ، بأَن لا زوجة وجه ، وقيل هو كناية وصححه الرافعى ، والمنصوص فى الإيلاء والذى به كثير من الأَصحاب ، أَنه كذب لاغٍ .

وقوله : (وبعْنِى ما تدَّعيه ، لا صَالحْنِى)[1]

أَى : إذا تنازع رجلان فى شئ فقال أَحدهما للآخر بعنى إياه ، فهو إقرار ، منه له بملكه ، ولو قال صالحنى عنه ، لم يكن إقراراً على الأَصح ، وقد يكون مراده قطع الخصومة ، لا الاعتراف .

وقوله : (وبجواب أَليس لى ؟ أَو لى عليك : بلى ونعم ، وصَدَقت وأَجل ، وأَبْرأْتنى وقَضَيْتُه وأَمْهلْنِى وأَنا مقر به بلا استهزاء) .

أَى : إذا قال له أَليس لى عليك أَلف ؟ فقال: بلى أَو نعم : فهذا إقرار لأَن بلى فى العربية موضوعة لإِيجاب النفى ، ولكن اطرد فى العرف استعمالها مكان نعم ، واستعمال نعم مكانها ، فإذا قلت أَلِى

---

(١) عن دعواك أو مماتدعيه ، فلا يؤاخذ لعدم تضمنه الإقرار له بالملك لأنه ربما أراد قطع المنازعة ، والصلح يغلب وقوعه عن الإنكار / ف .

عليك ألف فقال نعم أو بلى ، فهو إقرار ، وكذا إذا قلت أليس لى عليك ألف ، فقال نعم أو بلى فهو إقرار وكذلك صدقت ، وأجل وأبرأتنى وقضَيْتُه ، وأمهلنى وأنا مُقرّبه ، كُلُّها إقرار صحيح ، فى جوابها ، إلاَّ أنه إذا انضم إلى الصريح قرينة تقتضى الاستهزاء كتحريك الرأس والإشارة الدالة عليه ، لا يكون إقراراً على الأصح ولم يتعرض فى الحاوى : فى الاسْتِهْزاء ولابد من ذكره .

وقوله : (لا مُقِرٌّ وأَقِرٌّ به ، ولا زنه وخذه) .

أى : ليس قوله فى جواب لى عليك ، أو أليس لى عليك ؟ ألف : أنا مقر ، لم يكن إقرارا لعدم الصلة ، وكذا أنا أقربه على الصحيح فيهما ، لأن هذا وَعد ، وكذلك زِنْه وخُذْه ونحوه ، لأن هذا ليس ملزماً وإنما يَرِد كثيراً على سبيل الاستهزاء .

وقوله : (لأهْل لم يُكَذِّبُ)[1] .

أى : يؤاخذ المكلف إذا أقر لمن هو أهل للإقرار له ، فلو قال : لهذه الدابة على ألف لَغَا ويشترط ألا يكون المقر له ولا يشترط أن يصدقه ، بل لو سكت حتى مات ، فلوارثه مطالبته ، وقال ابن النحوى فى شرحه خرج بقوله لأهل ما لو أقر للغير بدَيْن عقيب ثبوته له بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، قلت : وليس بصحيح بل لو أثبت

---

(١) الركن الثالث المقر له : فلا يؤاخذ المكلف إلا بإقراره لمن هو أهل للإقرار بأن يكون مكلفاً مختاراً أهلا للتصرف /م .

بثمن مبيع ولو فى الذمة ثم أقرَّ بالثمن عقيب إثبات أنه لزيد صح وحمل على أنه وكيل وإن لم يكن جريان ناقل .

وقـوله : (مُعَيَّنٌ تَعْييناً يتوقَعُ مِنْهُ طَلَبٌ) .

أى : يمكن أن يطالبه المقر له ، فلو قال : لأهل البلد على ألف فهذا لاغ ، فلو قال : لأحد هذين الرجلين أو أحدهما هؤلاء الثلاثة صح إقراره ، لأن الدعوى منهما متوقعة ، وإن ادعى الألف الذى عنده ، سُمِعَتْ ، فإن عين لأحدهما فلآخر تحليفه ، وإن قال : لا أعرفه ، لمن هو منهما ، وحَلَف أُخذ منه ووقف حتى يتبين ، أو يصطلحا .

وقـوله : (كحَمْلٍ ومسجد بإمكان وعبد ويقَع لمالكه كل بسبب دَابّتِهِ) .

أى : والموصوف بأهلية الإقرار كالحمل والمسجد ، فإذا أقر لحمل أو مسجد أو عبد صح الإقرار سواء أسند إقراره إلى جهة ممكنة كالإرث للحمل ، أو الوصية للجميع ، أو أطلق ، وإن أضاف إلى جهة باطلة ، وقال للحمل أو للمسجد باعنى إياه أو أقرضنيه لم يصح على الأصح ، الذى صححه النووى فى الروضة والرافعى فى المحرر ، وهو مُقتضى كلام الحاوى[1] لأنه أطلق صحة الإقرار للحمل ، وكذلك إذا قال : لفلان على كذا بسبب دَابّته صح حملا على أنه جنى عليها ، أو اكتراها ثم ما أقر به للعبد أو بسبب الدابة فهو لمالكها .

---

(١) وفى ح « معين نوع تعيين يتوقع منه الطلب كحمل ومسجد وعبد ودابة قال بسببها لمالكها » .

وقــوله : (واشْتِرَاءُ عَبْدٍ قال أَعْتَقْتُه ، فِدَاء فى حقِّهِ ، فلا يُخَيَّر ، ووُقِفَ وِلاؤُه ، وأَخذ ثمنَه مِنْ تركته حيث لا وارث) .

أَى : إذا قال رجل فلان أَعْتق عبده ، ثم اشتراه منه ، أَخذناه بإقراره ، وكذا الشراء فى حقه فداء ، والبيع فى حق البائع بيعاً فيثبت الخيار للبائع ولا يثبت للمشترى ويرد البائع الثمن المعين بالعيب ويسترد العبد وإن كان لا يسترد ما أَعتقه المشترى لأَن المشترى هنا لم يعتقه ، فإذا اكتسب هذا العبد مالا ومات ، ولا وارث له ، لم يكن لأَحدهما أَن يرثه لكن المشترى مُعْتَرِف بأَن التركة للبائع وقد ظلمه بأَخذ الثمن ، فله أَن يأْخذ قدره منها ، أَما إذا قال : هو حُرُّ الأَصْلِ فإنه لا يأْخذ منها شيئاً ، بل هى لبيت المال ، وقوله فى الحاوى : ويأْخذ الثمن من تركته : أَطلق أنه يأْخذ الثمن من تركته ، وهو لا يأْخذ إلا إذا لم يكن له وارث لم يظلمه .

وقــوله : (ونَفَذَ مِنْ مَالِك ، بِمَالَهُ إِنْشَاؤُه ، ومن مريض ، وبهبة بإقباض ، فى صِحَّة لوارث ، وامْرأَةٍ[1] بنكاح ، ومُفْلِسٍ ، وأَعْمَى ببَيْعٍ ، ومَجْهُولٍ برقٍّ ، ووَارِثٍ بِدَيْن) .

أَى : ونفذ بإقرار المالك بما يقدر على إنشائه ، فينفذ إقرار

---

(١) حرة كما بحثه الزركشى ولو سفيهة ، وقوله بنكاح أى لم تقيده بوقت لايقبله ، كمدة وإحرام كما بحثه الأذرعى إن صدقها الزوج ، وإن لم تملك إنشاء لأنه حقها ، يثبت بتقارهما وإن لم تفصل إن وقع فى جواب دعوى وإلا اشترط تفصيلها كزوجنى ولي وعدلين ورضاى وهذا محل تناقض وقع للشيخين ، ولو كذبها الولى والشهود لاحتمال نسيانهم ، أو الزوج غير كفء كما قاله البغوى ، لأنه ليس بإنشاء عقد ، وقوله مارضيت لايؤثر ، كما لو قرت بنكاح وأنكر ، لكن فى الغزالى بالمنع عند تكذيبه ، واعتمد الأذرعى غيره ، ولو أقرت لواحد ، والمجبر لآخر قدم السابق ، فإن أقرا معاً ، قدم إقرارها ، فإن جهل اتجه إلى الوقف أن رجى انكشافه وإلا بطل / ف .

الموكل بالبيع لأنه مالك يقدر على الإنشاء ولا ينفذ بإقرار الوكيل بتصرف أو استيفاء ، وإن قدر على الإنشاء لأنه غير مالك ، وينفذ إقرار المريض فى المرض للوارث وغيره بالأعْيان والديون ، وأما التبرعات فإن كانت من الثلث نفذ للأجنبى لا للوارث ، إلا إذا سندها إلى وقت الصحة . وهنا مسائل ينفذ الاقرار بها وليس للمالك إنشاؤها ، وهى إقرار المريض بالهبة فى الصحة ولو لوارثه وينفذ إقرار المرأة بالنكاح ، وليس لها إنشاؤه ، وأما غير المجْبر فلا يملك الإقرار بالنكاح ، لأنه ليس له إنشاؤه إلا بإذن ، فهو كالوكيل ، والمجبر يَنْفذ إقراره بالنكاح على البكر ، وينفذ إقرار المفلس ببيع الأعيان • وكذا الأعمى وكان ليس لهما إنشاؤه ، وينفذ إقرار المجهول بالرق ، وإن كان لا يقدر على إنشائه ، وينفذ إقرار الوارث بالدين على مورثه ، وإن كان لا يملك إنشاؤه عليه ، وقوله فى الحاوى : ونفذ بما يمكنه إنشاؤه ، ومن المريض ولو للوارث ، لا إن قال وهبت منه فى الصحة ، ومن المرأة بالنكاح ، لا غير المجبر : انتهى ، فحَصْر نفوذ الإقرار فيما يمكن إنشاؤه ومن المرأة بالنكاح فيرد عليه ، مسائل :

أحدهما : إذا قال الوكيل بعت من زيد كما أذنت فقال الموكل لم تبع بعد فإنه لا يقبل إقرار الوكيل على الأصح مع قدرته على الإنشاء .

الثانية : إذا قال استوفيت كما أمرتنى وكذّبه الموكل وقد سبقا فى الوكالة ولا ترد هاتان على الإرشاد ، لأنه قال : ونفذ من مالك ماله إنشاؤه والوكيل غير المالك .

الثالثة : إقرار المفلس ببيع الأعيان فإنه ينفذ ولا يمكنه إنشاؤه .

الرابعة : إقرار الأعمى بالبيع .

الخامسة : إقرار الوارث ، بالدين على مورثه .

السادسة : إقرار المجهول بالرق وهذه المسائل لا ترد على الإرشاد لأنه قد نص عليها مع الحد واستثنى فى الحاوى[1] إقرار المريض بالهبة للوارث فى الصحة وقضى بأنه لا يصح والراجح فى الروضة الصحة .

وقوله : (ومن عَبْد لا على سَيِّدِهِ ، بموجب مَالٍ إلا لتجارة وقتها) .

أى : ينفذ إقرار العبد على نفسه ، بما يوجب عليه مالا وكذا قصاصا ، وإنْ أضر بالسيد لأنه غير متهم فيه لما يلحقه من الضرر ، ولا يَنْفُذ على السيد بما يوجب عليه مالا إلا بالدين صرح بأنه دَيْن تجارة ، وأقرّبه حالة الإذن فيها ، حينئذ يتعلق بكسبه ، وبما فى يده ، وإن أقر بدَيْن ولم يصرح بأن سببه التجارة أو صرح به لكن بعد الحجر عليه ، لم يلزم السيد إقراره ويتعلق بذمته ، وقوله فى الحاوى والعبد بدين مطلقا وجناية للمال فيه أمران :

أحدهما أنه قال بدين مطلقا فأوهم أنه لا يصح إقراره بدين أصلا ولم يرد ذلك ، وإنما أراد به لا يقبل إقراره بدَيْن غير التجارة

---

(١) وفى ح « ومن المريض ولو للوارث لا إن قال وهبت منه فى الصحة » .

فلو قال بدين مطلقا لكان أقرب ، لأنه وإن كان لا يُفهم بأى شئ يفيد فقد يفهم فى باب العبد المأْذون .

الثانى : أنه يفهم أنه لا ينفذ إقراره وهو ينفذ فى ذمته لكن لا ينفذ فى حق السيد .

وقوله : (وإقرار مَرَضِه ووارِثِهِ كصِحَّتِهِ وقُدِّم بعَيْنٍ) .

أى : ويستوى إقراره وإقرار وارثه على الأَصح وإقراره فى المرض كإقراره فى الصحة فإذا أَقَرَّ صحيحاً لزيد ثم مرض فأَقَرَّ لِعَمْرو ثم مات فأَقر ورثته لبكر صاروا فى التركة سواء على الأَصح ، نعم الإقرار بالعين ولو من الوارث مقدم على الإقرار بالدَيْن ، ولو فى الصحة .

وقوله : (وحبِس لتفْسِير مُبْهَمٍ ، لا نَحْو لِكُلٍ منكما أَلف ونصف ما لِلآخَرِ ، إذ لِكُلٍ أَلفان ، أَو وثلث مَا للآخر فلكل أَلف ونصفه ، أَو إلاَّ نِصْفُ مَا للآخر ، فلكل أَلف إلا ثُلثُه ، أَو إلا ثلث مَا للآخر ، فلكل أَلف إلاّ رُبُعه ، أَو إلاّ ثُلُثَا مَا للآخر ، فلكل ثلاثة آلاف ، أَو قال لزيد أَلفٍ إلا نصف ما لِعَمْرو ، ولِعَمْرو أَلف إلا ثُلُثُ ما لِزَيْدٍ ، فلِزَيْدٍ ثلاَثَة أَخماس أَلف ، ولعمرو أَربعة أَخْماسه ، أَو قال لزيدِ أَلفٌ ونصْفُ ما لِعَمْرو ، ولعمرو أَلف وثلث ما لزيد ، فلزيد أَلف وأَربعة أَخماسه ، ولِعَمْرو أَلفٌ وثلاثة أَخماسه) .

أى : وإن قال له عَلَىَّ شىءٌ أَو مال ونحوه صح إقراره وأَمرناه بتفسيره ، فإن امتنع حُبِس ، ولو أَقر بما لا يعرف بديهة لكنه يعرف

بعد البحث لم يحبس بل يبحث عن تفسيره ، فإذا قال : له على وزن هذه الصَّنْجَة ، أَو مثل ما باع فلان فرسه ، بحث عن وزن الصَّنْجة عَمّا وباع به فلان فرسه ولزمه مثله ، وإذا قال : لكل منكما على أَلْفٌ ونصف ما للآخر فليس هذا مبهما ولزمه أَلفان وطريق استخراجه أَن يعرف أَولا مراتب الكسور ، وهى العشر ثم التسع ثم الثمن ثم السبع ثم السدس ،ثم الخمس ثم الربع ثم الثلث ثم النصف ثم الكل ،ثم ينظر إلى عدد الكسر المعطوف ويرتقى إلى المرتبة التى فوق ذلك الكسر ، بعدد ذلك الكسر المعطوف وإن كان كسرا واحدا ارتقى مرتبة واحدة ، أَو كسرين ارتقى مرتبتين وعلى هذا ،فإذا ارتقى بعدد ذلك الكسر أَخذ ما انتهى إليه ارتقاؤه من مراتب الكسور ، أَو غيرها فيزيده على ذلك العدد المعين وهو الأَلف ، فى مسأَلتنا ، وتكون الزيادة بعدد ذلك الكسر ، وإن كان الكسر واحدا زدت ما انتهى إليه الارتقاء مرة ، وإن كان أَكثر فبعددِهِ ، ففى قوله : لكل منكما علىّ أَلف ونصف ما للآخر لما كان الكسر المعطوف وهو النصف واحدا ارتقى إلى ما فوقه مرة واحدة فصار مثل الأَلف المعين فتضمه إلى المعين مرة واحدة فيكون لكل أَلفان ، ولا شك أَنه إذا كان لكل أَلفان كان لكل أَلف ونصف ما للآخر ، وفى قوله : وثلث ما للآخر ، يرتقى إلى ما فوق الثلث مرتبة واحدة ، وهو النصف ، وتزيده مرة واحدة على المعين الذى هو الأَلف ، والمرة خمسمائة ، فيصير الكل أَلف وخمسمائةِ ، ويصدق عليه ، لأَن لكل واحد أَلف وثلث مال الآخر ، أَما فى الاستثناءِ ، فيكون النزول عوضاً عن الارتقاءِ ، والنقص عوض الزيادة ، وقوله

لكل ألف إلا نصف مال للآخر ، ينزل من النصف إلى الثلث ، ثم ينقص الثلث من الألف مرة واحدة ، فيكون الباقى ثُلثىْ الألف وهو المقَرُّ به لكل واحد ويصدق عليه أن لكل ألفا إلا نصف ما للآخر ، وفى قوله : لكل منكما ألف إلا ثلث ما للآخر ينزل من الثلث إلى الربع ثم ينقص الربع من الألف فيكون الباقى ثلاثة أرباع الألف وهو المقر به وتَصْدق عليه أنه ثلث ما للآخر ، وفى قوله : لكل ألف وثلثا ما للآخر ، ارتقى إلى ما فوق الثلث مرتين ، لأن عدد الكسر اثنان ، وما فوق الثلث مرتين هو المثل لأنه يرتقى إلى النصف ثم إلى المثل ونزيد الألف ، إلى المثل مرتين فيكون لكل منهما ثلاثة آلاف ، فيصدق عليه ، أن لكل منهما ألفا وثلثا ما للآخر ، ولو قال إلا ثلثى ما للآخر لنزل عن الثلث مرتين ، وما تحت الثلث بمرتين هو الخمس ، وينقص الخمس من الألف مرتين ، فيصير لكل ثلاثة أخماس وهو ستمائة .

وعلى هذا القياس سائر الصور التى يتفق فيها الكسران أو الكسور والمقداران أو المقادير ، كالنصف والنصف ، والثلث والثلث ، والألف والألف ، وذلك فى استخراج ذلك طريق آخر يعم متفق الكسرين ومُخْتَلَفَهُما بشرط اتفاق المقدارين ، فما اختلف فيها الكسران ، كالمسألة الأخيرة فى الكتاب ، فالعمل أن يَضرب مخرج أحد الكسرين فى مخرج الآخر ، فما حصل أَسْقَطْتَ منه الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين فى عدد الآخر ، وتحفظ الباقى بعد الإسقاط وهو خمسة فى مسألتنا ، ثم تعود إلى الستة فتزيد عليها لكل كسرٍ كسراً مثله ،

منها فإن كان الكسر نصفاً زدت نصف الستة عليها وإن كان ثلثاً زدت عليها ثلثها هذا فى العطف .

وتنقص فى الاستثناء ما تزيد فى العطف ، وتنسب الحاصل بَعْدَ الزيادة أَو النقصان إلى المحفوظ ، وهو الباقى من الحاصل من ضرب المخرج فى المخرج بعد إسقاط الحاصل من ضرب عدد أَحد الكسْرَين فى عدد الآخر ، وتضرب الحاصل بعد الزيادة والنقصان فى المقدار المعين ، وتقسم المبلغ على المحفوظ ، فلكل واحد من المقدار بتلك النسبة فى النسبة والخارج من القسمة فى القسمة ، وقوله فى الحاوى : على أَلف ونصف ما لعمرو ، ولعمرو أَلف وثلث ما لزيد ، فلزيد أَلف وأَربعة أَخماس الأَلف ، ولعمرو أَلف وثلاثة أَخماس الأَلف ؛ لأَنَّك تضرب أَحد المخرجين ، فى الآخر فتحصل ستة ، وتسقط الحاصل من ضرب عدد أَحد الكسرين فى عدد الآخر وهو واحد ، تبقى خمسة وهى المحفوظ وتزيد على الستة نصفها ، تصير تسعة تنسبها إلى الخمسة المحفوظة تكون مثلها . وأَربعة أَخماسها ، فلزيد أَلف وأربعة أَخماس أَلف ، وهى ثمانمائة ، ثم تزيد على الستة ثلثها تصير ثمانية وتنسبها إلى الخمس الباقية فيكون مثلها وثلاثة أَخماسها ، فلعمرو أَلف وثلاثة أَخماس أَلف ، وهى الأَلف وستمائة أَو تضرب التسعة فى الأَلف فتصير تسعة آلاف ، ثم تقسمها على الخمسة فيكون الخارج أَلفا وأَربعة أَخماس أَلف فلزيد أَلف وأَربعة أَخماس أَلف ، وهى ثمانمائة ، أَو تضرب الثمانية فى الأَلف فتكون ثمانية آلاف فتقسمها

على الخمسة فيكون الخارج ألفا وثلاثة أخماس ألف ، فلعمرو ألف وثلاثة أخماس ، وهى ستمائة .

وفى قوله لزيد علىّ ألف إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو ألف إلا ثلث ما لزيد ، فلزيد ستمائة ولعمرو ثمانمائة ، لأنك تضرب أحد المخرجين فى الآخر وَتُسْقِط من الحاصِل واحدا يبقى المحفوظ خمسة كما ذكرناه ، وتنقص من الستة نصفها تبقى ثلاثة تنسبها إلى الخمسة المحفوظة ، يكون ثلاثة أخماسها ، فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة ، ثم تنقص من الستة ثلثها تبقى أربعة تنسبها إلى الخمسة ، يكون أربعة أخماسها ، فلعمرو أربعة أخماس ألف وهى ثمانمائة ، وتضرب الثلاثة فى الألف ، فتصير ثلاثة آلاف ، وتقسمها على الخمسة يكون الخارج ثلاثة أخماس ألف فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة ، أو تضرب الأربعة فى الألف ، فتصير أربعة آلاف تقسمها على الخمسة فيكون الخارج أربعة أخماس ألف ، فلعَمْرِو أربعة أخماس ألف .

وقوله : (أو قال لزيد ألفٌ إلا ثُمُنَ ما لعمرو ، ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد ، فلزيد ثمانمائة ، ولعمرو ألف وستمائة) .

أى : اعلم أن طريقة معرفة ذلك ، أن تجعل ما لزيد شيئاً ، فيكون لعمرو ألفان إلا نصف شىء فتنقص ثُمْن الألفين ، إلا نصف ثمن شىء ، من الألف الذى هو لزيد ، وذلك مائتان وخمسون إلا نصف ثُمْن شىء فيكون لزيد سبعمائة وخمسون ونصف ثُمْن شىء تعدل شيئاً ، فسبعمائة وخمسون منها تعدل سبعة أثمان شىء ، ونصف ثُمْن شىء ،

فيعدل نصف ثُمْن الشيء خمسين ، فثمن الشيء مائة ، والشيء ثمانمائة فلزيد ثمانمائة ، ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد فله ألف وستمائة .

وقوله : (وقُبِل فى شيء وكذا ، تفسير بحبةٍ ، ونجس يقتنى ، وبنجس فى غَصبته ، لا رَدُّ سَلَام وعيادةٍ) .

أَى : إذا قال له على شيء ، أَو له على كذا ، ثم فسره بحبةِ بُرٍّ أَو نجسٍ ، يُقْتَنَى ، ككلب صيد ، جاز لأَنهما وإن لم يصح بيعهما ، فالحبة مملوكة يطلق عليها اسم الشيء ، والنجس المقتنى له فيها حق الاختصاص ، أَما إذا قال ، غصبت منه شيئاً وكذا ، فإنه يقبل تفسيره بنجس ، وإن لم يُقْتَنَى ، كخنزير وخمر وكلب لا ينفع ، لأَنه بِأَخْذِه قهرا يسمى غاصباً له ، ولا يقبل تفسيره للشيء وكذا إذا فسره بهما بِرَدّ السلام والعيادة ، لأَنه يستبعد أَن يعد هذا لآزِمًا لَهُ .

وقوله : (وفى مال أَو مال عظيم ، أَو كثير أَو أَكثر من مال زيد ، بمتمول ، أَو أَم ولدٍ لا نجس ، أَو مثل ما لزيد فبمثله) .

أَى : ويقبل تفسيره ، قوله : له على مال ، أَو له على مال عظيم أَو كثير أَو أَكثر من مال فلان : بمتمول وإن قل كفَلْس ، ويحمل قوله عظيم على أَنه عظيم خطره لكفر مستحله ، وكذا أَكثر من مال فلان لحله ، وإن فسره بأُم ولد قُبِل ، ولو فسره بوْقف خُرِّجَ على أَن الملك فى الموقوف لله تعالى فلا يقبل أَو للموقوف عليه فيقبل ، ولا يقبل تفسيره بنجس ، وإن اقتنى لأَنه لا يسمى مالا ، وإن قال : له علىّ مثل مال زيد لزمه مثل ماله .

وقوله : (وفى درهم ، ودُرَيْهِم ودرْهم صغير ، ودينار بإسْلامىٍّ وكذا بناقص ومغشوش إن وصَلَ أَو غلب لا بفلوس)

أَى : وإذا قال له على درهم أَو دُريهم أَو درهم صغير ، ففسره بالدرهم الإسلامى ، وهو خمسون شعيرة وخُمْسا شعيرة ، من حب الشعير المتوسط غير مقشور بعد أَن قطع من طرفيه ما دق وطال ، قُبل تَفْسيرُه به ، وإذا قال : له على دينار قبل تفسيره بدينار الإسلام ، وهو ثنتان وسبعون شعيرة فلكل عشرة دراهم سبعة دنانير ، ويُقْبل التفسير بدرهم ناقص أَو مغشوش فى بلد عرفهم الإسلامى ، إن وصف بصفة كدرهم طَبرى ، وهو ثلثا درهم إسلامىٍّ ، أَو كدرهم كامِلِىّ وهو المغشوش بالثلث ، وكذا إن كان عرف البلد الدرهم الناقص ، والمغشوش وأَطلق فإنه يحمل عليه ، ولا يقبل تَفْسِيره الدرهم بالفلوس ، بخلاف ما إذا وصل ، وليس المراد بالفلوس التى تسمى الدرهم الردىء لواحد منها ، وإنما المراد ما يسمى درهما من الفلوس ، وذلك أَن عدداً من الفلوس درهم فى بعض البلاد ، ويتعاملون بها معاملتهم بالدرهم ، وقوله فى الحاوى : ودرهم ودُريْهم ودرهم صغير خمسين شعيرة وخُمْسَيْها ، ودينار ثنتين وسبعين بالناقص والمغشوش إن وصل أَو بتعارف ، قال صاحب التعليقة ، إن خمسين شعيرة عطف على بيان الدرهم وقال فى القونَوِىَ أَى قبل فى درهم تفسيره بخمسين شعيرة ، وكلاهما مشكل ، أَما الأَول فلأَنه إذا كان عطف بيان لزم أَن يكون من كلام المقر وإذا كان من كلامه لم يجز تفسيره

بالناقص لاعترافه بالكامل ، وأما إذا جعلناه تفسيراً كما قاله القونوى ، فمن حيث أنه لم يأت بالياء وإن تأَوَّل ، فقوله عقيبه بالناقص من غير حرف العطف ، يأباه ، وقال بعضهم خمسين شعيرة حال من الدراهم وهو مشكل أيضاً ، لأن الحال المنتقلة واللازمة لا تنقطع مع قوله : بالناقص وبتعارف ؛ إذْ الخمسون شعيرة مختصة بالدرهم الإسلامى .

وقوله (وألف فى العبد بأرش ورهن به ، ووصية ، وقَرْضٍ وشراء عُشْرِه به) .

أى : إذا قال : له على ألف فى هذا العبد ، وفسره بأنه أرش جناية جناها العبد عليه أو على ماله قبل ، وكذا إن قال : رهنته إياه بألف له عَلَىَّ على الأصح ، وإن قال : اشترى عُشْرَه أو تُسْعَهُ ونَحْو ذلك بألف ، وأنا اشتريت الباقى قُبِل أيضاً ، ويُقْبَل تفسيره وإن قال أَقْرضنيه فى ثمنه ، وإن قال : أوصى له أبي بألف من ثمنه الذى يباع به قبل ثم يباع العبد ويعطى المقر له ألفاً من ثمنه ، ولو قال أُسْلِمُه من مالى ، لم يقبل منه امتثالا بشرط الموصى ، ولم يتعرض فى الحاوى لذكر الوصية والقرض .

وقوله : (وعلى بمؤجل إنْ وصل ، وبوديعة ، والقول قوله فى تَلَفٍ وردّ بعده ، وفى هُوَ لَكَ عارية وقول مُنْكِرٍ قَبْضٍ مَبيعٍ أَقر بثمنه ، أو فهم ما لُقِنَ ، وأمكن ، لا فى ذِمَّتِى بوَدِيعَةٍ) .

أى : وإذا قال له على ألف ووصفه بأنه مؤجل شهراً أو سنة قبل إن وصل ، وإن لم يذكر سببه ، فإن ذكر سبباً ، لا يتأجل كالقرض لغا ذكر الأجل ، فإن قال له على ألف ثم هو وديعة ، قبل ، وإن فصل على المذهب ، ولهذا أخره عن قوله إن وصل وذلك أنه قد يريد بقوله على حفظه ، أو التمكين منه لاحِفْظ الوديعة وتمكين مالكها منها ، وإذا حكمنا بأنها وديعة فادعى تلفاً أو ردّاً بعد الإقرار ، فالقول قوله مع يمينه ، إلا إن ادعى تَلفاً أو رَدّا قبل الإقرار ، لتكذيبه نفسه ، وكذلك يقبل قوله : إذا قال هذه الدار وهذا العبد لك عارية ويكون عارية ، ولا يقال : أن أول كلامه يقْتضى الملك ، فإنه أراد رفع الملك بقوله عارية ، فهَذا وَجْه ، والمذهب أنه يقبل ، لأن اللام تكون للاختصاص بالملك وغيره ، فإذا تجردت حُمِل على الملك ، فإذا ذكرت مع غيرها ، مما يكون للاختصاص به حملت عليه ، كذلك إذا أقر بثمن مبيع ثم قال – ولو منفصلا – لم أقبض المبيع وإذا سَلَّمَه سَلَّمْتُ ، فالقول قوله أيضاً .

وكذلك الأعجمى ونحوه ، إذا لُقِّن بيعاً أو شراء ، أو إقراراً بمال بلغة لا يفهمها وأمكن خفاؤها عليه وحَلَف أنه ما فهمها قُبِل ، وإن لم يمكن خفاؤها عليه لم يقبل قوله ، وإذا قال لك فى ذمتى ألف ثم قال هو وديعة لم يُقْبل ، لأن العين لا تلزم الذمة نعم له تحليف المقر له ، إنّما هو وديعة ، وقوله فى الحاوى : وعلى بالمؤجل أَنْ اتصل وبثمن عبد ما سُلِّمَ ، وباليمين فى لَقَنْت غير لغتى . وما فهمت ، فيه أمران :

أَحدهما : قوله : (وبثمن عبد ما سُلِّم مقتضاه أَنه يجوز أَن يُفسِّر قوله : له علىّ كذا بأَن ثمن عبد ما سُلّم وليس كذلك ، فإن هذا التفسير لا يقْبَل بالفم إذا قال له على أَلف من ثمن مبيع ثم قال بعد ذلك وأَسْلَم إلىَّ المبيع . فإنه يقبل قوله على المدعى بغير يمين وليس كذلك ، بل إن صدق المدعى فى المسائل كلها فلا يكلف اليمين ، وإن كَذَّبه فى الجميع فله تحليفه) .

وقوله : (وقبل فيه كطلاقٍ وعتقٍ ونذْرٍ ، استثناء مُتَّصلٌ قصَدَه مُقِرّاً ولو من نَفْيٍ وغير جنس لا ، مستغرقٌ ولو بتفسيره ، بلا إخراج ، ولا يجمع مُفَرَّقٌ له)[1] .

أَى : ويُقْبل الاستثناء فى الإقرار إذا كان متَّصلا بالمستثنى منه ، فإن تخلل كلام أَجنبى أَو سكوت طويل لغا ، ويشترط أَنْ يقصد الاستثناء فى حال الإقرار ولو قبل الفراغ من لفظه ، وقيل لا يصح إلا إذا قصده ومن أَول اللفظ ، ويَقْبَل الاستثناء ، ولو من النفى ويكون إثباتاً كما أَنه من الإثبات نفى ، فلو قال ليس له على إلا عشرة لزمه عشرة ، أَو ليس له على عشرة إلا خمسة لم يلزمه شىء إلا خمسة[2] [أَى لأَن العشرة إلا خمسة : خمسة] فكأَنه قال : ليس له على إلا خمسة ، ولو قال : ليس له على شىء إلا خمسة ذكر فى العزيز ،

---

(١) أى للاستغراق ولا لعدمه ، فالأول ، كقوله : على درهمان إلا درهماً ودرهما ، فلا يجمع الدرهمان المستثنيان إذ لو جمعا لحصل الاستغراق وإذا لم يجمعا وجب درهم ، والثانى كقوله على درهم ودرهم إلا درهماً ، فلا يجمع الدرهمان إذ لو جمعا لما حصل الاستغراق ووجب درهم ، وإن لم يجمعا وجب درهمان نسب هذا إلى تقى الدين بن عمر بن محمد /هـ .

(٢) أى (لأن العشرة إلا خمسة ، خمسة) فكأنه قال ليس له على إلا خمسة كما فى (ب) .

والروضة ، أنه يلزمه خمسة ، وقد صححوا استثناء المفَصَّل من المجمل فى الإثبات فقالوا : لو قال على شىء إلا خمسة صح ، ويلزمه أَن يفَسِّر الشىء بما زاد على الخمسة وإن قَلَّت الزيادة لِتَلْزَمُه تلك الزيادة فقياس هذا أنه إذا قال ليس له على شىء إلا خمسة ، أَنْ لا يلزمه شىء لأَنه نَفَى أَن يكون عليه شىء إلا خمسة كما نفى أَن يكون عليه عشرة إلا خمسة فى المسأَلة الأُولى ، وإذا قال له علىَّ عشرة إلا تسعة جاز لزمه واحد ، فإن قَال له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خَمْسة إلا أَرْبَعة ، إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحد لزمه خمسة لأَن تقديره له على عشرة تلزم إلا تسعة فلا تلزم إلا ثمانية فتلزم إلا سبعة فلا تلزم ، إلا ستة فتلزم إلا خمسة فلاَ وهكذا فتلزم الإشفاع دون الأَوتار ، إن بدأَ بالشفع ، وإن بدأَ بوتر فعكسه ، ويصح الاستثناء من غير الجنس ، فلو قال له على أَلف إلا ثوباً صح أَن فسر الثوب بما دون الأَلف ، وإن قلَّ النقصان عن الأَلف ، ولا يصح الاستثناء المستغرق ويلغو إن أَتى به ، فإن قال له على عشرة إلا عشرة لزمه عشرة ، وإذا كان المستغرق تفسيرا للمشترى كما إذا قال له على أَلف إلا ثوباً ، ففسر الثوب بالأَلف أَو أَكثر ، لغا الاستثناء على الأَصح ، وقيل لا يلغو بل يؤمر بتفسير يُقْبَلُ ، وإنما يَلْغُو الاستثناء المستغرق ، إذا لم يخرج عن الاستغراق باستثناء آخر ، فإذا قال له على عشرة إلا عشرة إلا خمسة ، لزمه خمسة على الأَصح ؛ لأَن عشرة إلا خمسة ، خمسة ، ولا يجمع مفرق للاستغراق ويجمع المستثنى ويبطل ما حصل به ، الاستغراق ، فإذا قال : له على

درهم ودرهم ودرهم إلا درهما ، أو درهمان ودرهمان ، إلا درهمين ، فإن هذا مستْغرق لأَنك استثنيت درهما من درهم فى الأُولى ، ودرهمين من درهمين فى الثانية ، ولو جمعت لاندفع الاستغراق ، فكان يلزم فى الأُولى درهمان وفى الثانية درهم ، وكذلك إذا قال درهم ودرهم ودرهم إلا درهمين ، يلزمه ثلاثة ، ولو قال إلا ثلاثة دراهم فكذلك أيضاً ، لأَن الدرهم والدرهمين ، والثلاثة ، كل مستغرق للدرهم ، وكذلك لو فرقت الثلاثة بالعطف ، فكلها مستثناة من الآخر ، لأَن الجمع للاستغراق ممتنع ، على الأَصح ، ولقد علمت أَن جمع المستثنى غير ممنوع ، إذا لم يكن استغراق ، فإذا قال : على عشرة إلا درهما ودرهما ودرهما وهكذا إلى تسعة جمع المفرق لم يلزمه إلا درهم واحد ، ولو زاد على التسعة درهما وصيرها عشرة لم تبطل إلا فى العاشر ؛ لحصول الاستغراق به ، ولزمه درهم ، ولو قال : عشرة إلا سبعة وثلاثة ، لغا الأَخير ولزمه ثلاثة ، ولو قال : له على عشرة إلا عشرة إلا درهمين لزمه درهمان ويصح الاستثناء فى الطلاق ، وكذا فى العتق والنذر ، وقد استغنى بذكر الاستثناء هنا عن ذكره فى الطلاق فلو قال :طلقت نسائى إلا فلانة ، طُلِّقْنَ إلا فلانة ، أو طلقتك ثلاثا إلا اثنين ، وقعت واحدة ، فإن استغرق فالثلاث ، وكذا إذا قال : أَعتقْت عبيدى إلا فلاناً ، عتقوا دونه ولله على أَنْ أَعتقهم إلا فلاناً فكل ذلك يصح إذا لم يستغرق ، والشرط فيها ما تقدم فى الإقرار ، وقوله فى الحاوى[1] واستثناء متصل قصده ، أَوّلا ،

---

(١) وفى ح « واستثناء متصل قصده أولا لا يستغرق بلا جمع مفرق أو أخرج عنه ولو من نفى كالطلاق » .

اشترط قصد الاستثناء أو الكلام وقد تبع فيه ما صححه الرافعى والذى صححه النووى ، فى الروضة ، الاكتفاء بقصده ، قبل الفراغ من المستثنى منه .

وقوله : (وصُدِّق مستثنى عبد أنّه الحى) .

أى : إذا أعتق عبيده إلا عبداً واحداً ، أو أقَّر بهم لشخص إلا واحداً فماتوا كلهم وبقى عبد واحد ، وقال الذى استثنيته هو هذا الحى قُبِل قوله : وللعبد والمقر له تحليفه .

وقوله : (ولَزم لك ألف فى ميراث أبى ، وهذا لك وكان ملكى إلى الآن ، خلاف الشهادة ، وعلى ألف قضيته ، أولا يلزم أو بعقد فاسد ، أو فى الكيس وإن لم يكن أو الألف الذى فى الكيس ، فما وجد منه) .

أى : إذا قال : لك ألف فى ميراث أبى ، فهو إقْرار له بالألف فى الميراث ، فلو تلف الميراث لم يلزم المقر شىء ، ولو قال : فى ميراثى من أبى لم يلزمه شىٔ ، والفرق أنه إذا أضاف إلى ميراث أبيه ، أثبت للمقر له حقاً ، فى التركة ، لا يحتمل إلا الوجوب ، إذا تبرع يبقى بعد الموت وإذا قال فى ميراثى من أبى ، احتمل أن يريد أتبرعُ به عليك وأن يكون حقاً ، فلا يلزم مع الشك .

ثم اعلم أنه إذا قال : دارى التى أملكها ملك زيد ، لا يكون إقراراً ، فإذا قال هذه الدار لزيد ، وكانت ملكى إلى أن أقررت ، فهذا من باب تعقيب الإقرار بما يبطله ، والأصح أنه يلزم اعتباراً

بأول اللفظ ويلغو آخره بخلاف الشهادة ، فلو شهد شاهدان أن فلاناً أَقَرَّ أن هذه الدار لزيد وكانت ملكه ، إلى أن أَقَرَّ لم تسمع هذه الشهادة ، فإن قالا ، وقال كانت ملكى ، إلى أن أقررت ، سمعت ولغا آخر كلامه ، والفرق أن المقر شهد على نفسه فيُؤاخذ بما صح من كلامه ويلغو بما لا يصح ، وأما الشاهد فيشهد على غيره ، فلا يعتبر قوله ، إلا إذالم يتناقض ، وكذا إذا قال : له على ألف قضَيتُه إياه ، أو ألف لايلزمنى ، أو قال بسبب عقد فاسد كثمن خمر أو ضمان فاسدة أو نحو ذلك لزمه ما اقتضاه أول كلامه ولا يقبل آخره إلا ببيِّنَةٍ ، وكذلك إذا قال لزيد على ألف فى هذا الكيس لزمه سواء وجد فى الكيس تامّاً أو ناقصاً أو لم يوجد فيه شئ ، وإذا قال على الألف الذى هو فى هذا الكيس لزمه ما وجد فيه ، وهو ملحق لقوله له على ألف وديعة ، والأصح لا يلزمه شئ ، إذا لم يوجد فيه شئ ، ولا إتمامه إن نقص ، ولا يضمنه إن تلف ، من غير تفريط ، كما لو قال له على ألف وديعة ، وقوله فى الحاوى[1] : وعلى ألف لا يلزم إلى قوله لا التمام إن نقص فى الآخر ، فيه أمران :

أحدهما : قوله فى ميراثى سياق كلامه يقتضى أن صيغة إقراره على ألف فى ميراث أبى لكونه عطفه على قوله وعلى ألف لا يلزم ، وهو لا يكون لازماً فى التركة على هذا بل هو فى هذه الصورة لازم ذِمَّتِه مؤاخذة له بأول كلامه كما فى سائر الصور التى قبله وبعده

(١) وفى ح « وعلى ألف لا يلزم أو قضيت أو من ثمن خمر وضمان بشرط وفى ميراث أبى وفى الكيس أو الذى فى الكيس ولم يكن لزم لا التمام إن نقص فى الآخر » .

وإنما عبَرّ فى العزيز والروضة فى هذه مما إذا قال : له أَلف فى ميراث أَبى ولم يقل على ، وهذا ظاهر .

الثانى : أَنه قطع فيما إذا قال له على الأَلف الذى فى هذا الكيس ، بأَنه إذا وجده ناقصاً لم يلزمه الإتمام ، وأَنه إذا لم يوجد منه شئ لزمه الأَلف ، والأَصح أَنه لا يلزمه شئ ، وإن كان ناقصا ، فكما لو قال لا يلزمه الإتمام كما فى الروضة وقد ذكرناه أَولا .

وقوله : (لا ما جُعِل ظرفاً أَو مظروفاً ، كخاتم فيه فَصٌّ وعكسه ، وتبع خاتماً فصٌّ ، لا أُنثى حَمْلٌ) .

أَى : وإذا أَقر بشئ وجعل ظرفاً لشئٍ آخر ، كقوله له عندى غمد فيه سيف ، أَو مظروفاً كقوله : له عندى سيف فى غمده لزمة الغمد دون السيف فى الأُولى وعكسه فى الثانية وكذلك خاتم فيه فص ، وفص فى خاتم ، أَما إذا أَطلق وقال : له عندى خاتم وكان فيها فص ، فإنه يلزمه الخاتم بالفص بخلاف ما إذا أَقر بحيوان ، وكان حاملا ، فإن الحمل لا يكون مقرّاً به ، لاحتمال أَن يكون موصى به ، ونحوه ، والفرق بين الحَمْل والفص ، أَنَّ الفَصَّ يتناوله اسم الخاتم ولا يجوز أَن يرجع عن بعض ما أَقر به ، والحمل لا يتناوله اسم أُمِّه ، فلم يكن فيه رجوع .

وقوله : (ولغا مالى لك ، أَو لك فيه أَو فى ميراثى من أَبى أَلف ، وبتَعْليق وإن أُخِّر) .

أى : وإذا قال مالى لفلان أَوْلَهُ فى مالى أَلْف لغا ، لأَن الإِقْرار لا يملك ، وإنما يخبر به عن حق سابق ، وكذلك إذا قال : له أَلف فى ميراثى من أَبى ، وقد سبق الكلام عليه ، ويلغو أَيضاً الإِقرار المعلق ، سواء قدم التعْليق أَو أَخرَّه ، فقوله : على أَلف إن شاء الله كقوله : إن شاء الله له على أَلف ، فتأْخيره كتقدمه ، يلغو به المعلق ، وكذا قوله : إذا جاء رأْس الشهر فله على أَلف وكذا له على أَلف إذا جاء أَول الشهر ، هذا إذا لم يقصد التأْجيل ، فإن قصده لزمه .

وقوله : (وعلى أَلْفٌ أَلْفٌ ، أَو فأَلْفٌ ، أَو بل أَو مع ، أَومعه أَو فَوْقَه أَو تَحْتَهُ أَلْفٌ أَلْفٌ) .

أَى : إذا قال له : علىّ أَلْف أَلف لزمه أَلف واحد لاحتمال التأْكيد ، ولو قال : أَلف فأَلف فكذلك إلا إن قال قصدت العطف ، بخلاف أَنت طالق فطالق ؛ لأَنه إنْشاء ، وهذا إقرار بحق سابق فيحتمل أَنه استأْنف كلاماً ثم تركه ، وكذلك لو قال : له علىّ أَلف بل أَلف لم يلزمه إلا أَلف واحد لاحتمال أَنه قصد لاستدراك ثم ذكر أَنَّه لاحاجة إليه ، وكذلك أَلف مع أَلف أَو معه أَو فوقه أَو تحته أَلف ، فَرُبما أَراد مع أَلف لى ، أَو معه أَلف لى ، أَو فوقه أَلف لى ، أَو تحته أَلف لى ، وقد يراد بالفوقية والتحتية ، الجودة والرداءة .

وقوله : (وأَلْفٌ وأَلْفٌ ، أَو ثم أَلف ، أَو قبله أَلف ، أَو بعده أَلف ، أَو بل أَلفان أَلفان) .

أى : إذا قال : له على أَلف وأَلف لزمه أَلْفَان ، وكذا لو عطف بثم ، أَو قال : له على أَلف قبله أَلف ، أَو بعده أَلف ، أَو قال : أَلف بل أَلْفَانِ ، يلزمه فى كل هذه الصور أَلفان ؛ لأَن العطف يقتضى التغاير ، وفرق بَيْن قبله أَو بعده ، أَلف وبين قوله فوقه أَو تحته أَلف بأَن التحتية والفوقية طرفان يصلحان بمكان الحفظ ، وليس كذلك القبلية والبعدية ، لأَنهما هنا للزمان فتعين أَن يكون لما قبل الأَلف أَو بعده من الزمان ، وحكمه فى الوجوب حكمه ، وكذلك لو قال : له على أَلف بل أَلفان ، وقال الرافعى هكذا مشكل بما إذا قال : أَنت طالق طلقة بل طلقتين ، فإنه يقع الثلاث ، قلت حجة الأَصحاب واضحة ، ولا إشكال فيها ، وذلك أَن بل للإضراب عن الأَول ، والطلاق إنشاء ، فإذا أَنشأَ طلقة ، ثم أَضرب عليْها إلى إنشاء طلقتين ، لم يكن إعادة إنشاء الأُولى مع الثانية ، لأَن تحصيل الحاصل محال ، فيتعين أَن الطلقتين المنشأَتين غير الأُولى ، والإقْرار إخبار عما فى الذمة ، فإذا أَخبر بالبعض ثم أَضرب عنه الإخبار به إلى الأَخبار بالكل ، بالكل ، دخل ذلك البعض فيه ، وهو ظاهر ولو كان ما أَخبر به معيناً ثم أَخْبِر عَنْه إلى مَعَيْن أَكثر منه لم يدخل الأَول ، كما إذا قال : له على هذا الأَلف بل هذان الأَلفان ، فإنه يلزمه الثلاثة لتعذر التداخل .

وقوله : (ودراهم وأَلوفٌ ، وكذا أَلفٌ وأَلفٌ ، وأَلفٌ ثلاثة إن لم يؤكد الثانى ، ودرْهَمٌ بل ديناران الكل) .

أَى : إذا قال له علىّ دراهم أَو أَلوفٌ لزمه ثلاثة دراهم أَو ثلاثة

ألوف ؛ لأن أقل الجمع ثلاثة ، وقوله ألف وألف وألف ثلاثة أيضاً إن لم يؤكد الثانى بالثالث ، وإن أكدهبه لزمه ألفان ، وإن قصد التكرار وإن لم يقصد شيئاً أو قصد تأكيد الأول بالثانى أو بالثالث لزمه الثلاثة ، وإذا قال : له على درهم بل ديناران لزمه الدرهم والديناران ، لأن الدرهم لا يشتمل عليه الديناران .

وقـوله : (ودرهمٌ فى أَلْفِ دِرْهَمٌ ، إن لم يُردهُما والحساب أو لم يَفْهَمْهُ كطلاق) .

أى : ولزمه بقَوْله : عَلَىَّ درهم فى ألفٍ ودرهمٌ واحد إن لم يرد الدرهم والألف ، وإن أرادهما لزماه ، وعدل فى الإرشاد ، عن قوله : إن لم يعرف الحساب والمعية إلى قوله : إن لم يردهما ، لأن البلقينى[1] والأسنوى ، اعترضا وقالا : هو إذا صرح بالمعية ، وقال : ألف مع درهم لم يلزمه الدرهم فكيف بالنية ، أو لم يرد الحساب فإن أراده وهو يفهمه لزمه ألف ، أو أراده ولكنه لا يَفْهمه لم يلزمه إلا الدرهم ؛ لأن من لا يفهم شيئا لا يريده ، وكذلك حكم الطلاق ، فإذا قال أنت طالق طلقة فى طلقتين ، إن أراد الحساب وهو يفهمه وقع طلقتان ، وإن أراد طلقة مع الطلقتين ، وقع الثلاث ،

---

(١) البلقينى . صالح بن عمر بن رسلان بن نصير بن صالح علم الدين العسقلانى » القاهرى الشافعى ولد فى لينة الأثنين ثالث عشر جمادى الأولى سنة ٧٩١ هـ إحدى وتسعين وسبعمائة بالقاهرة ونشأ بها فى كنف والده سراج الدين فحفظ القرآن والعمدة والفية النحو ومنهاج الأصول والتدريب لأبيه والمنهاج وأخذ عن أبيه والزين العراق والمجد البرمادى والبيجورى والعزيز بن جماعة والولى العراق والحافظ بن حجر وغيرهم من مشايخ عصره فى فنون عدة ودرس وأفتى ووعظ وألف فى الحديث شرحاً على البخارى وألف تفسيراً وأفرد فتاوى أبيه والمهم من فتاويه وأكمل تدريب أبيه وله القول المفيد فى اشتراط الترتيب وله نظم ونثر وتولى قضاء الشافعية بالديار المصرية وكانت مدته ثلاث عشرة سنة ونصف وتوفى خامس رجب سنة ٨٦٨ هـ ثمان وستين وثمانمائة ج ١/٢٨٦ البدر الطالع .

وإن أَراد الظرفية أَو لم يرد شيئاً أَو أَراد الحساب ولم يفهمه ، وقعت الطلقة واحدة .

وقوله : (وكذا درهم ودرهم ، فإِنْ كرَّر كذا بواوٍ أَو بثم ونَصَبَ درهما ، تكرر ، وإلا فلا) .

أَى إِذا قال : له على كذا درهم أَو كذا درهم بالجر أَو الرفع أَو النصب لم يلزمه إلا درهم واحد ، فإن كرر كذا بالواو ، أَو بثم ونصب درهماً تكرر لكون الدرهم تفسيرا لكل منهما بمقتضى العطف ، فإذا قال : له على كذا : وكذا وكذا درهما لزمه ثلاثة دراهم ، ورَفَع الدرهم أَو خَفَضَه ، أَو لم يكرر الواو ، أَو ثم ، لم يلزمه إلا درهم واحد ، لأَنه يحتمل التأْكيد ، إذا لم يُعْطف وإذا لم يُنْصَب ؛ فلأَنه لم يجعله تمييزاً على أَن يُقَدّر للآخر مثله .

وقوله : (والأَلْفُ مُبْهَمٌ فى أَلْفٍ ودرهم ، لا أَلْفٍ وأَحد عشر ، أَو أَحَدٍ وعشرين ، درْهماً ، وإلاَّ النصْف فى درْهِم ونِصْف) .

أَى : إذا قال : على أَلف ودرهم ، وأَلف وثوب ، فالأَلْفُ مبهم مُفسَر بما شاء ، أَما إذا قال : له على أَلف وأَحد عشر درهما أَو أَلف وأَحد وعشرين درهما ، فإِن الأَلْفَ درهم لا يكون مجملا ؛ لأَنه جَعَل الدراهم تُمَيّز للجميع ، فذلك إذا قال : درهم ونصف فليس النصف مجملا له ؛ لأَنه لم يسبق إلى الذهن ، إلا أَنه نصف درهم ، بخلاف قوله : نصف ودرهم فإن النصف مبهم ؛ لكونه فى هذه لا يسبق إلى الفهم أَنه من الدرهم .

وقـوله : (وَإنْ أَقَرَّ لزيد ثـم لعمرو ، وغَرم لعَمْرو أَو قال غَصَبْتُه من زيد ، وهو لعَمْرٍو ، وبرئَ بقبض زيد ، لا وهو ملتقِطٌ).

أَى : إذا قال من فى يده هذا المال لزيد ، ثم أَقر به لعمْرو ، سواءٌ اتصل الاقرار أَو انْفَصل ، فإنه يسلم إلى زيد بإقراره ، ويلزمه لعمرو الْغُرْم لأَنه حال بينه وبين ماله بإقراره به لغيره ، والحيلولة توجب الضمان كالإتلاف ، أَلا تراه لوغصب عبداً ثم أَبق لزمته قيمتُه للحيلولة ، ولو باع عَيْنا وأَقبضها وقبض الثمن ، ثم قال بعتها من زيد ، لم يقبل قوله على المشترى ، وغرم القيمة للمقر له ، فإذا قال : غصبت هذه العين من زيد وهى ملك لعمرو برئ بأَن يسلمها إلى زيد ، ولا يغرم لعمرو على الأَصح ، لأَنه لا منافاة بين الإقرارَيْن ، فقد يكون زيدا مستأْجراً أَو مرتهناً ، وكذا لو قدم الملك ، وقال : مِلْكُهَا لِعَمْر وغصبتها من زيد ، لا يختلف الحكم ، على الأَصح ، وقيل لا يَبْرَأُ حينئذ ، إلا بالتسليم إلى عمرو ، ويغرم لزيد ، وإنما يَبرَأُ إن لم يكن ملتقطا .

وقـوله : (واتَّحد بتَارِيخَيْنِ ، ولغَتَيْن ، وقد زيْن ، لا لسببين ووصفين ، ولا أَنْشَأَ ولو بكلٍ شاهِدٌ) .

أَى : إذا أَقرّ يوم السبت بأَلف ، ويوم الأَحد بأَلف لزمه أَلف واحد ، لأَن الإقرار إخبار ، والمخبر عنه لا يتعدد الإخبار عنه وكذلك الحكم إذا أَقر بالعربية ثم بالعجمية ، وكذلك إذا أَقر بأَلف ، ثم بأَلفين ، لا يتعدد الاقرار بالأَلف بل يدخل فى الثانى ، ويلْزمه أَلفان ،

ولو شهد بكل شاهد لغت شهادتهما ، وهذا بخلاف ما إذا ذكر لكل سبباً بأَن أقر بأَلف من ثمن عبد ، ثم أَقر بعد ذلك بأَلف من ثمن جارية ، أَو اختلف الوصف ، بأَن أَقر بأَلف صحاح ، ثم أَقر بأَلف مكسرة أَو بأَلف حالة ، ثم بأَلف مؤجَّلَة فإنه يلزمه أَلفان ، لأَن الأَول غير الثانى ، وكذلك الإنشاءات كالبيوع والطلاق لا يتحد فإذا شهد وأَحد أَنه باعه يوم الجمعة عَبْدًا بأَلف وآخر بأَنه باعه يوم السبت عبدا بأَلف ، فله أَن يحلف مع كل شاهد ويستحق الأَلفَيْن ، ولو شهد واحد أَنه طلق يوم الجمعة طلقة ، وشهد آخر أَنه طلق يوم السبت طلقة لم تثبت بشهادتهما شئ وكذلك سائر الأَفعال ، التى ينشئها ، ويتوقف على الشاهدين كالقصاص وقطع السرقة والقذف ، وقوله فى الحاوى[1] : ومطلق ومضاف ولو بكل شاهد لا الانشاء : أَعلم أَنَّه قد عد المطلق والمضاف فيما يتحد مع اختلاف التاريخ واللغة والقدر ، واستثنى الانشاء من الجميع ، فقضى بأَن للمطلق والمضاف فى الإنشاء حكماً غير حكمه فى الأَقارير ، وحكمه فى الجميع واحد ، فإذا قام شاهد بأَنه باعه يوم الجمعة عبدا ، بأَلف ، وشاهد بأنه باعه يوم الجمعة[2] عبدا بأَلف وشاهد بأَنه باعه عبدا بأَلف وأَطلق فهو كما لو لم يصف ، ويلزمه بشهادتهما أَلف فقط ، وكذا لو شهدا له طلق اليوم طَلْقَة ، وشهدا أَنه طلقها وأَطلقا لم يقع إلا طلقة وقد ترك فى الإرشاد ذكر المضاف والمطلق اكتْفاء بما فى الدعاوى .

---

(١) وفى ح « ومطلق ومضاف لا بسببين وبصفتين واحد ولو بكل شاهد لا الإنشاء » .

(٢) كان حقه أن يقول يوم السبت أو الأحد ليكون فيه اختلاف التاريخ واتحاد الحكم فيه فى هذه المسائل / م .

الاقرار بالنسب

وقوله : (فصل : يثبت بإقرار ذكر مكلف نسب مجهول[1] ، لم يرق ، ممكن بشرط تصديق أهلٍ لا غيرٍ ، وأن جحد بعد كماله ، وعدم إنكارا الميت).

أى : يشترط فى ثبوت الإقرار بالنسب ، أن يكون المقر ذكرا مكلفا ، فلو أقرت المرأة لم يلحقها النسب ، على الأصح سواء كانت مزوجة أم لا ، ويصح إقرار العبد من نسب وإن كَذَّبه السيد على الأظهر ويشترط أن يكون المقر بنسبه مجهولا ، فإن كان معروف النسب لم يصح الإقرار به وإن صدقه ، وإن كان حرا لا ولاء عليه ولو استلحق واحد عبد غيره أو عتيقه لم يقبل ، وأنْ يكون من يدعيه المقر ممكنا[2] منه ، فلا يقر لمن يقاربه بالسن أنه ولده ، ولا ينسب ولد امرأة قدمت من بلاد بعيدة لا يمكن أن يسافر إليها لملازمته الوطن ، ولو مات المجهول فاستلحقه رجل لحقه ، وإن كان هناك تهمة كما إذا خَلَّف مالا ، وكان المستلحق قاتلا له ، فإنه يلحقه ويسقط عنه

---

(١) أى مجهول لامعلوم وإن صدقه المقربه ، لأن النسب الثابت ، من شخص لاينتقل لغيره ، ولا يصح استلحاق ولد الزنا ، ولا لغير ناف استلحاق منفى عن فراش نكاح صحيح فخرج الفاسد ووطء الشبهة ،/ ف . وهذا الفصل عقده المصنف فى الإقرار بالنسب ، والمقربه أما أن يلحقه بنفسه كهذا إبنى وهو أولى من أنا أبوه ، إذ الإضافة فيه للمقر وذكر له شرطين هما الذكورة والتكليف وترك ثالثاً وهو الاختيار ، فلا يصح إقرار المكره اللهم إلا إذا نظرنا إلى أن المكره غير مكلف فيكون داخلا فيما قبله (التكليف /م)

(٢) وكأنه يشترط شرطاً رابعاً فى المقر وهو إمكان كونه منه ، ولذا قال فلا يقر لمن يقاربه لخ /م .

القِصَاص[1] ، على الأَصح ، لكن إذا كان هذا المجهول ، بالغاً عاقلا حياً ، اشترط تصديقه ، ولا يكفى عدم إنْكاره وإن كان مَيِّتاً اشترط أَن لا يسبق منه إنكار على الأَصح ، لأَن تصديقه متعذر ، ولو استلحق صبياً أَو مجنوناً لحقه فلو بلغ الصبى أَو أَفاق المجنون ، ثم أَنكر النسب ، لم يلتفت إليه ، لأَن النسب يحتاط له ، فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبيِّنَة ، وقوله فى الحاوى[2] : يثبت بإِقرار ذكر مكلف إلى قوله : لا إن بلغ و أَنكر ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : نسب مجهول يدخل ما استلحق عبد غيره أَو عتيقه وهو لا يلحقه ، لما فيه من إبطال حق السيد .

الثانى : قوله : يمكن إن لم ينكر مقتضاه ، أَنه إذا استلحقه كاملا ، ولم يعترف ، بل سكت لحقه ، وهو خلاف ما صرح به فى العزيز والروضة من أَن تصديقه شرط .

الثالث : الصبى ولم يبين حكم المجهول ، إذا استلحق وإلا إذا أَفاق وكذب به وهو كالصبى ، يستلحق فإِذا أَفاق وكَذَّبه لا يؤثر تكذيبه على الأَصح .

وقوله : بإِيلاد ، إن قال علقت به فى ملكى .

---

(١) ولا يرثه لوجود المانع وهو القتل فإنه لايرث القاتل من المقتول كما سيأتى فى الميراث /م .

(٢) وفى ح « يثبت باقرار ذكر مكلف نسب مجهول حى أو ميت يمكن إن لم ينكر لا إن بلغ و أنكر » .

أى : وإذا ثبت النسب ولحقه الولد لم يثبت الاستيلاد ، إذا كان من أَمَتِه حتى يقول عَلِقَتْ به فى ملكى ونحو ذلك ، ولا يكفى أن يقول له ولدته فى ملكى ، على الأَصح لاحتمال علوقها فى غير ملكه بنكاح ونحوه وحصول الولادة فى ملكه ، إلا إنْ قال إنها فى ملكى عشر سنين . وهو ابن سنة مثلا ، لأَنه قدم تاريخ الملك على تاريخ العلوق صارت أُم ولد ولحقه ما ولدته بعده ؛ لأَنها صارت بالوطء فراشاً .

وقوله : (وبأَحدٍ وَلَدَىْ أَحَقية عَينَّ ، ثم وارث ثم قائف . ثم قرعة ، بمجرد حرية له ولأُمه . لا تسَبٍ وبأَحد أَولاد أَمته . لحقه من عَيَّن ومن بعده ، إن لم يدع استبراءً ، والأَصغر نسيب ويقارع معهم) .

أَى : إذا أَقرَّ بنسب أَحد ولدى أَمتَيْه لزمه أَن يُعَيِّن الوارث ، فإن أُشكل فالقائف . فإن أُشكل عليه فالقرعة . ولا يثبت فى القرعة إلا الحرية ، فقط ، فإذا أَخرجت القرعة لواحد بان حراً ، وإن لم يَثْبت نسبه . لأَن القرعة لا مَدْخل لها فى إثبات النسب . والأَصح أَنه يثبت بها حرية الأُم أَيضاً ، لأَن المقصود من الاستيلاد فى حقها الحرية وهى تثبت فى القرعة ، وإن أَقَرَّ بأَحد أَولاد أَمته أَنه ولده لزمه أَن يُعيِّنَه ، فإن عَين الأَكبر لحقه . ولا يثبت الاستيلاد إلا إذا قال : علقت به فى ملكى كما تقدم ، فإذا اعترف بذلك فهو اعتراف بالوطءِ فى الملك فتصير فراشاً له ويلحقه باقى الأَولاد بالفراش إلا إذا ادعى استبراء ، فإنهم يصيرون أَولاد مستولدته

وإن مات قبل أَن يُعَيِّن قام وارثه مقامه فى التعيين فإن أُشكل عليه والقائف • ويَسْتَدِلُ القائف بالعصبة إن لم يَرَ والده فإن أَشكل عليه أَو لم يكن قائف أَقرع بينهم للحرية فقط ، فإذا كان للأَمة ثلاثة أَولاد أُقْرِع بينهم ، فإن خرجت القرعة للكبير حكم بحريته دون الأَوسط ، ولم يثبت النسب ، لأَن القرعة لا مدخل لها فيه ، وحكم بحرية الأُم ، لأَنها حرة بموت السيد على كل تقدير لاعترافه بولد منها. ثم الأَصغر حر على كل تقدير ، لأَنه إما ولده أَولد أَم ولد مات سيدها ولا يعتق الأَوسط للشك ، والصحيح أَنه يجب إدخال الصغير فى القرعة وإن كان حراً على كل تقدير ؛ لأَنه ربما يخرج عليه بحكم بحريته وحده • ولا يوقف ميراث لتعذر العلم بالنسب ، قال الرافعى ، قال المزنى[1] : أَن الصغير حُر نسيب على كل تقدير. وَجَرى الأَصحاب كعادتهم فى الطعن على اعتراضاته متبادرين • لكن الحق المطابق لما تقدم • أَن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى استبراء ، وبين ما إذا لم يدعه • ويساعده عليه فى الحالة • وقوله فى الحاوى : عَيَّن أَو وارثه ثم القائف ، ثم يقرع لمجرد العتق ، صوابه لمجرد الحرية • فيه أُمور :

أَحدها أَن القونوى قال : لو قال عَيّن ثم ولدته لكان أَحسن ،

---

(١) المزنى : إسماعيل بن يحى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزنى ، ناصر المذهب وبدر سمائه ولد سنة ١٧٥ خمس وسبعين ومائة ، وحدث عن الشافعى ونعيم بن حماد وغيرهما ، وروى عنه ابن خزيمة والطحاوى وزكريا الساجى وابن حوصا وابن أبى حاتم وغيرهم . وكان جبل علم مناظر الحجاجا ، قال الشافعى رضى الله تعالى عنه فى وصفه ، لو ناظر الشيطان لغلبه وكان زاهداً ورعاً ، صنف كتباً كثيرة « الجامع الكبير » و « والجامع الصغير » و « المختصر » و « المنثور » و « المسائل المعتبرة » و « كتاب الوثائق » وغير ماذكر كثير لايتسع له المقام ، وتوفى فى رمضان سنة ٢٦٤ أربع وستين ومائتين ، ج ١/٢٣٨ طبقات الشافعية .

وليس مراده ، أحسن من حيث أنه يوهم أن الوارث • يُعَين فى حياته ، فإن هذا يتوهم لكن رآه أنسب .

الثانى : قوله ثم يقرع لمجرد العتق صوابه لمجرد الحرية ؛ لأن الذى يخرج له القرعة يكون حر الأصل لأنه لا يثبت عليه .

الثالث : قوله عتق المعين ، ومن هو أصغر عنه ، أطلق دخول الأصغر فى الحرية • وكذلك إذا لم يدع الاستبراء ، فإن ادعاه لم تقع الحرية لغير من عَيَّن .

الرابع : أنه لم يبين ما حكم الأُم ، فى مسألة الاستبراء ، هل تعتق بالقرعة ؟ وفيه وجهان : الأصح أنها تعتق بها والثانى لا تعتق لأنه لا يثبت النسب بالقرعة وحُرِّيتها تبع له ، وصححه الإمام وهذا كله إذا قال أحدهما ولدى علِقْت به فى ملكى .

وقوله : (ويُلْحَقُ بميِّت بإقرار وارث جائز وإن سبق جحد ، فإن أقر بمجهول ، وأَقَرَّ بثالث ، فأنكر الثانى سقط أو بمن يحجبه لم يرث) .

أى : إذا أقر الوارث الحائز ، أو الورثة الحائزون ، وتعتبر منهم الزوجة فى الأصح بنسب مجهول من الميت لحق بنسبه وإن كان قد سبق إنكار من الميت له على الأصح ، كما إذا استلحقه المورث بعد ما نفاه ، وكذا إن أَقَرَّ بعض الورثة وأنكر فمات المنكر ،

وورِثَه المقر ، ثبت النسب ، وكذا إن أنكر الحائز ثم مات وأقر ورثته ، وكذلك إذا اعترف الحائز وبعدما أنكر ، كل هذه المسائل تُفْهم من قوله : وإن سبق جَحْدٌ ، ثم هذا المجهول إذا أنكر نسب المعلوم المقر بنسبه فإن إنكاره لغو ، وقيل يحتاج المقر إلى بيّنَة وهو ضعيف ، نعم لو أقر بثالث ، فأنكر الثالث نسب الثانى سقط إن لم يثبت نسبه ، ولو أقر الأخ الحائز بابن للميت ثبت نسبه ولم يرث لأنه لو ورثه لم يكن الأخ وارثاً فلا يكون من أهل الإقرار ، بالنسب فيؤدى توريثه إلى إبطال إرثه ، وأما إذا أدّى ثبوته إلى إبطاله فيبطل الإرث ويثبت النسب

وقوله : (وإن أقر بعض لزمه باطناً بحصته) .

أى : إذا أقر بعض الورثة بنسب مجهول وأنكر الباقون ولم يثبت نسبه ولا إرثه ، وهل يجب على من علم نسبه ، من الورثة أن يغرم له مما أخذ من التركة بحصة من نصيبه ؟ وجهان الأصح أنه يلزمه ذلك باطناً لا ظاهراً .

العارية

وقوله : (باب : صَحَّ من ذِى تَبرّعٍ ، إعارة[1] أهل لقبوله غير سَفِيهٍ ، عَيْناً لانتفاعٍ مملوكٍ حَلٍّ وقُصِدَ أن بقيت معه ، واتحد أو بيَّن جنسه كازْرَعْ أو عَمَّ ، كانْتَفِعْ ما شئت) .

أى : وتصح العارية بهذه الشروط المذكورة ، فيشترط أن يكون المعير أهلا للتبرع ؛ لأنه تَبَرُّعٌ بالمنفعة فلا تصح إعارة الصبى والمجنون والمحجور عليه ولا المكاتب بلا إذن سيده ، لأنه ليس من أهل التبرع ، ويشترط أن يكون المستعير أهلا لقبول التبرع عليه ، وأن لا يكون سفيهاً ، فلا يصح استعارة الصبى والمجنون ولا السفيه لما يترتب عليها من الضمان ، ويشترط أن يكون المستعار عيناً ينتفع بها مع بقائها فيصح إعارة الدابة للركوب ، والثوب للبس ، والأرض للزراعة ، لأن العين تبقى مع الانتفاع ، ولا تصِح إعارة الطعام ونحوه مما منفعته فى استهلاكه ، ولا يشترط كون العين معلومة ، فلو قال

---

(١) العارية بتشديد الياء ، وقد تخفف هى من عار إذا ذهب وجاء بسرعة أو من التعاور ، وهو التناوب ، لامن العار على كلام فيه فى الأصل . وحقيقتها شرعاً : إباحة الانتفاع مجاناً بما يحل الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، ومع كونها إباحة ترد بالرد كما يأتى بخلاف مطلق الإباحة ، وتطلق على العقد الذى تحصل به العارية وهى مستحبة أصالة إجماعاً لشدة الحاجة إليها وقد تجب كإعارة ثوب لبرد أو لحر وما ينقذ غريقاً ، أو يذبح به حيواناً محترماً يخشى موته ، وقد تحرم كصيد من محرم وكإعارة الأمة من أجنبى ، وقد تكره كإعارة العبد المسلم من كافر ، وسيأتى بعض ذلك ، وأركانها أربعة ، معير ومستعير ومعار وصيغة وسيأتى شرط كل واحد منها /ف، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى (آية ٢) من سورة المائدة ، وكذا قوله تعالى : ويمنعون الماعون (آية ٧) من سورة الماعون وقال جمهور المفسرين فى تفسيرها مايستعيره الجيران بعضهم من بعض ، ولخبر الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم استعار فرساً من أبى طلحة فركبه » ص ٢٩٩ ـ ٥ نيل الأوطار .

رجل لآخر : أعرنى دابة ، فقال : أدخل الاصطبل وخذ دابة ، ففعل فعارية صحيحة ، ويشترط أن يكون المُعِير مالكاً للانتفاع الذى تبرع به ، فلا تصِح إعارة المستعير بخلاف المستأجر وأن تكون المنفعة مقصودة ، فلا تصح إعارة الدراهم والدنانير ، لأن منفعتهما المقصودة إنَّما تحصل بتصرفهما ، وإنما التزيين بهما فلا يقصد فى العادة ، فإن استعارهما للتزيين بهما ، قال الرافعى والنووى ينبغى القطع بالصحة وبه قطع المتولى ، لأنه جعل هذه المنفعة مقصودة ، ويشترط أن يكون الانتفاع حَلَالا ، فلا يجوز إعارة الصيد من المحرم لأن إمساكه فضلا عن الانتفاع به حَرام عليه وإن أتلفه لزمه جزاء لله تعالى وقيمة للمالك ؛ ولا يَجوز إعارة الجارية للاستمتاع ، وألحقوا بذلك ما إذا أعارها للخدمة ، من غير مَحْرم خوف الفتنة ، أما إذا أعارها لِلْمَحْرم والمرأة فجائز ، وكذلك إذا كانت عجوزة لا تشتهى ، وقبيحة المنظر على الأصح ، ويشترط أن تكون المنفعة معلومة ، فإن لم ينتفع بالعين إلا فى وجه واحدة كالبساط للافتراش لم يشترط تبيين ، وإن تعددت وجوه الانتفاع كالأرض تصلح للزراعة والغراس والبناء ، فالأصح أنه لابد من تبيين جنس الانتفاع ، فإذا استعار للزرع مطلقاً ، زرع ما شاء ولم يغرس ولم يُبنِّ ، فإن عَمَّ فقال : انْتَفِعْ ما شئت ، جاز أن يغرس ويزرع ويبنى على الأصح .

وقوله : (الاستعارة ، ونقداً لغير تزيين ، وصَيْداً لِمُحْرم ، وأمة غير شوهاء لأجنبى) .

اعلم أَن قوله لا مستعاراً هو ما احترز عليه بقوله :

لانتفاع مملوك ، وقوله : نَقْداً لغير تزيين ، هو ما احترز عنه بقوله : قُصِد ، وقوله : صيداً لِمُحْرِم وأَمة غير شوهاء ، هو ما احترز عنه بقوله : حَلّ ، وقد سبق بيان ذلك كله .

وقــوله : (وكُرِهَ إِعَارةُ مُسْلِمٍ لكَافِرٍ ، ووالد لخدمة ولده) .

أَى : ويكره إعارة المسلم للكافر مطلقا • وقيل يحرم ، وقيل إِنْ كان للخدمة حرمت ، وكذا إذا استعار الولدُ والده ليستخدمه كره • إعارته إِيّاه ، وأَمَّا لِيرفهه فلا يكره ، وقوله فى الحاوى : كرَهْن الحناء من فاسق • اعلم أَنه تبع فى ذلك كلام الوجيز ، قال الرافعى ، عند شرح كلامه ، قوله : فى الكتاب وكذا رهن الجارية الحسناءُ ممن ليس بعدل ، يُشْعِر بجواز الرَهن من العدل بلا كراهية • ولفظ الوسيط كالمصرح بذلك لكن المعظم مَا تبعوه بالعدالة فى جعلها مع العدل بل شرطوا معها ، أَن يكونوا ذوى أَهل • ونقل الرافعى عن الشيخ[1] أَبى على • أَن رَهْن الجارية الحسناءِ من غير محرم لا يجوز • إلا أَن تكون محرما ، للمرتهن ، قال الرافعى فى المهذب : المشهور جواز رهن الجوارى مطلقاً ، ثم إن كانت لا تشتهى – كالعبد – وإلا فإِن رهنت من محرم أَو امرأَة فذاك • وإن رهنت من أَجنبى

---

(١) الشيخ أبو على . الحسين بن القاسم الإمام الجليل أبو على الطبرى ، صاحب الإفصاح شرح مختصر المزنى وله الوجوه المشهورة فى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه وصنف فى أصول الفقه والجدل ، وصنف « المحرر » أول كتاب ألف فى الخلاف المجرد ، تفقه على أبى على بن أبى هريرة وسكن بغداد وتوفى بها سنة ٣٥٠ خمسين وثلاثمائة ، ج ٢/٢١٣ طبقات الشافعية .

فإن كان ثقة ، وعنده زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن من الالمام بها فلا بأس ، وإلا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة ، أو عدل فى الصفات المذكورة فى المرتهن ، فإن كان شرط وضعها عند غير من ذكرناه فهو شرط فاسد ، انتهى فتخصيصه فى الحاوى الكراهية بالفاسق غير مطابق بكلام الْمُعْظَم ، لأنه أراد الكراهية فى العقد للخروج من خلاف الشيخ أبى على ، فإنه لم يخص الفاسق بل عم ما سوى المحرم ، وإن أراد ما قالَهُ ، الأَصحابُ ، فقد جوزوا الرهن مطلقاً وأما ما منعوا من إثبات اليد عليها للأجنبى - وإن كان عدلا - إن كان له أهل ونحوه ، فإن كان عدلا بلا أهل أو فاسقاً له أهل لم يجز وضعها عنده ، وإن اشترط وضعها عنده ، فهو شرط فاسد ، ومثله يفسد به العقد وقد ذكر فى الإرشاد هذه المسألة فى الرهن .

وقوله : (بلفظ[1] دَلَّ ولو مُعَلَّقًا ، ومن طَرَفٍ ، أو بأكل أعتيد من إناءِ هديَه تطوع ، وأعرتك لتعيرنى فى إجارة فاسدة) .

أى : تصح الإجارة بلفظ دل على الإذن ، ومن أحد الطرفين ، كأعرتك ، أو خذ لتنتفع بها ثم إن شاء قبل باللفظ وإن شاء قبل بالفعل كالأخذ ، وكذلك إذا قال أعرنى وأعطاه إياه وهو قريب من الإباحة ، وكذلك لا يشترط اللفظ فى استعمال إناءِ الهدية التى يبعث بها المهدى ، إذا لم يكن بثواب فإنه لم ينتفع بالاناءِ فهو أمانة ،

---

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة وشرط فيها لفظ يشعر بالأذن فى الانتفاع كأعرتك أو بطلب كأعرنى مع لفظ الآخر أو فعلة وإن تأخر أحدهما عن الآخر كما فى الإباحة وفى معنى اللفظ الكتابة مع نية وإشارة مفهمة من الأخرس وقد أشار المصنف إلى ذلك بقوله بلفظ دال الخ » .

وإن انتفع به ، فإن كان الانتفاع المعتاد كأكل الهدية ، مثل إناء يؤكل مثله كان عارية وإن كان غير معتاد ، فغصب ، وإن كانت الهدية بشرط ثواب[1] فهو كالإجارة الفاسدة ، تلزم به أجرة المثل ولا يضمن ، وقوله فى الحاوى : بإيجاب وقبول ، بلفظ من طرف ، وأعرتك لتعيرنى ، إجارة فاسدة ، وَأَغْسِل استعارة بدنه . فيه أمور :

أحدها : بإيجاب وقبول قد يوهم وجوب القبول على الفور . وامتناع التعليق فى العارية كما فى الهبة وسائر العقود وليس كذلك بل يجوز تعليقها وتأخير القبول ، ألا تراه لو رهن أيضاً وأذن له فى غرسها بعد شهر كان الشهر عارية ، غرس أم لا ، وهى قبله أمانة ، حتى لو غرس قبله قلع . ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : أنه يرد عليه ، ما إذا حمل إليه هدية فى إناء وَأَكلَ منه . فإن الأناء بأكل الهدية منه تصير عارية لا يضمن أَجْر استعمالها ويضمن إن تلف ، ولم يجز فى هذه العارية لفظ من طرف .

الثالث : وأغسل استعارة بدنه فذكر ذلك فى باب الإجارة ، حيث قال : ولا أجرة لعمل دون شرطه ، ففيه تكرار .

وقوله : (وَلَزِمَ مَنْ أُعِيرَ ولو لله ، لا لِشُغْلِ مُعِيرٍ ، مؤن رَدٍّ وقيمة يوم تلف لا باستعمال ولا باعارة مالك منفعة ، فقط) .

---

(١) أى بمقابل أى أعرنى فرسك لتعلفه بعلفك ، أوبعشرة دراهم ،

أى : ويلزم المستعير مؤن الرد[1] ، لقوله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأنا لو جعلنا مؤنة الرد على المعير لتمنع الناس منها ، ولو وجد رجلا منقطعاً فأعاره دابة ليركبها متصدقا عليه بالركوب لزمه مؤنة الرد ، وإن تلفت تحته لزمه ضمانها ، أما إذا استعاره ممن يملك المنفعة دون العين كالموصى له بها والمستأجر فإنه لا يضمنها إذا تلفت تحت يده . إذ يَدُه كيد الموصى له بالمنفعة والمستأجر ، وهما يضمنان العين إن تلفت وكذلك لا يلزمه مؤنة ردها إلى المالك ، ويلزمه مؤنة ردها إلى من أعاره ، ولا يضمن من ركب دابة أعاره إياها المالك لشغله ، لأنه لم يركب لحاجة نفسه ، فهو كمن سَلَّم دابته إلى رائض ليروِّضها فهلكت تحته لا يضمن ، ويضمنها بقيمة يوم التلف بأَقْصَى القيم ، ولا بقيمة يوم القبض ، لا فى إيجابهما إيجاب ضمان الأجزاء بالاستعمال ، وهى غير مضمونة على الصحيح ، وإنما يلزم الضمان ، إذا كان يوم التلف بغير الاستعمال المأذون فيه ، أما إذا تلفت بالمأذون فيه فلا ضمان كتلف الثوب باللبس ، والدابة بالحمل المأذون فيه ، وإن تلفت بسبب آخر من مرض أو عارض هرم ونحوه فلا يضمن ، وقوله فى الحاوى : لا من المستأجر : أى لا يضمن المستعير من المستأجر ، لأن يده يد أمانة . هذا إذا كانت الإجارة صحيحة ، فإن كانت فاسدة فللمالك تضمين المستعير والمستأجر ، والقرار على المستعير ولا يقال ، حكم الإجارة الفاسدة ، كحكم الإجارة الصحيحة فى كل ما تقتضيه ، بل فى سقوط الضمان

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائى عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ص ٢٩٨ جـ ٥ نيل الأوطار جـ ١ (١)

أى : وللمعير الرجوع متى شاء إن أعاره مطلقاً وإن أعاره مؤقتا فله الرجوع قبله على الصحيح ، وإذا أعاره جداراً لوضع جذع فله الرجوع ، فإذا رجع خير بين أن يقلع بأرش وبين أنْ يبقيه بأُجْرَةٍ على الأصح ، وليس له أن يتملك الجذع ، لأن ما على الجدار منه تابع لما على ملك المستعير ، بخلاف الغراس ، وإذا أعارهُ بقعة ليُقْبر فيها ميتاً فإن رجع قبل الدفن جاز وغرم للولى مؤنة الحفر والقبر لا يسمى قبراً إلا بعد دفن الميت ، وأما بعد الدفن فلا يجوز الرجوع حتى يبلى الميت ، بأن يذهب أثره ، وإذا كفّن ميتا ، وقلنا بالأصح أنه باق على ملك مالكه ، كان إعارة لازمة ، لا يجوز الرجوع فيها أبداً ، فإن نَبَشَه السبع فأكله فقد انتهب فيرجع إليه فلا يُسَمَّى راجعاً ، فى العارية ، فإذا أعاره ليزرع فزرع ، ثم رجع ، فإن اعتيد قطعه ، فصيلا قطع وإلا لزمه أن يبقيه إلى الحصاد بأجرة المثل من يوم الرجوع ، وكذا إذا أعارهُ دابة ثم رجع فيها فى أثناء الطريق لزمه حمل متاعه إلى المأمن بأجرة المثل ، وليس الزرع كالغراس والبناء ، فيخبر بين القلع والتملك ، لأن مدة الزرع قليلة ، نعم إن أعارة مدة تسع الزرع ، فأخر الزراعة ثم زرع وانقضت المدة قلع مجاناً ، لأنه المقصر ، ولو حمل السيل بذر رجُلٍ إلى أرض آخر ، فزرع فله تكليفه قلع زرعه مجاناً ، كما لو اشترى أغصان شجرة جاره فى ملكه ، أما إذا كان البذر لا بقصد ، وقد أعرض عنه مالكه فإنه يصير ملكاً لصاحب الأرض ، وقوله فى الحاوى : ورجع متى شاء ،

مما يتناوله الاذن لا مما اقتضاه حكمها • فلو قال مالك المنفعة • يجمع حكم المسألتين ، ومخلص الاعتراض بحكم الإجارة الفاسدة .

وقـوله : (وبَدَّلَ بالمأذون مِثْلَهُ • ضَرَرًا من نَوْعِهِ ، ما لَم يُنْهَ ، وبالغراس والبناءِ زراعةً ، لا أَحدهما بالآخرَيْن) .

أى : وله أن يبدل بالانتفاع المأذون انْتِفَاعًا يماثله فى الضرر ، إذا كان من نوعه ، وأما بدونه فمن طريق الأَولى ، ثم إذا أَعَارَه لزراعة الذرة فْله أن يزرع الحنطة • لأَنه أقل ضررا ، وله أن يبدل أَنواع الذرة بعضها ببعض إذا لم يزد ضرر ما بَدَّله عما عَيَّنه ، وهذا إذا لم يُنْه عنه ، فإن نهاه لم يجز الإبدال ولو بما هو أَقل ضرراً ، وله أَن يُبَدِّلَ بالغراس ، والبناءِ الزراعة ، وإن لم يكن من جنسيهما ، لأَنه أَقل ضرراً ، فإذا استعار ليغرس أَو ليبنى جاز أَن يزرع ، وقيل لا يجوز أَن يزرع من استعار للبناءِ ، لأَنه يرخى الأَرض ، والأَصح الجواز • وإذا استعار للبناء أَو للزرع لم يجز له أَن يغرس • وكذا إذا استعار للغرس أَو للزرع لم يجز له أَن يَبْنِيِ ، وهو المراد بقوله : لا أَحدهما بالآخرين .

وقـوله : (ورجع متى شاء ، ولو فى وضْع جذْع ، لا قبر قبْل بِلىً وكفن ، وقلَعَه بأرش ، أَو بَقَّاه بـأَجْر ، وبقَّى زَرْعٌ لم يعتد قطعه ، بـأَجْرٍ ، وقلع مجانا ، زَرْع عُيِّنتْ مدته ، فأَخَّرَه ، وبذر حَمَله سَيْلٌ) .

كالجدار لوضع الجذع ، والدفن إن اندرس ، وللزرع يبقى بأجر لا إن عين مدة فأخر وحمل السيل البذر قلع مجاناً[1] ، ففيه أمور :

أحدها : أنه ذكر جواز الرجوع فى الجذع ، ولم يذكر ما يقتضى الرجوع ، والأصح ما فى العزيز ، والروضة ، أنه يخير بين أن يبقى بأجر أو يبقى بأجر أو يقطع بالأرش .

الثانى : أنه جوز له الرجوع متى شاء مطلقاً ، ويرد عليه ما إذا أعار الميت كَفَناً ، فإنه لا يجوز الرجوع أبداً .

الثالث : مقْتضى كلامه أن على المُعِير إبْقَاء الزرع إلى الحصاد مطلقاً واعترض عليه ابن النحوى وبما فى العزيز والروضة ، وقال هذا إذا لم يعتد قطعه فَصيلا ، فإن اعتيد لم يلزمه ذلك .

وقوله : (وغَرسٌ وبناء إن شرط ، أو رضى ، وإلا قلع بأرش أو تمَلُّك[2] بقيمة ، فإن أبى أُهْمِلا ، ودخل ملكه ومستعير لسَقْيٍ أو مَرَّمةٍ ، بأجر لما عطل ، ومن قلع بلا شرط سوى الْحُفَر) .

أى : وله تكليفه قلع البناء والغراس إذا شرط عليه القلع لم يلزمه قلعه مجاناً سواء أطلق أو عين مدة ورجع قبلها ، لكن الأصح أنه

---

(١) ح « كما للغراس والبناء إن شرطه وإلا بقى بأجر أو نقص بأرش أو تملك بقيمة فإن أبى كلف التفريغ » .

(٢) ثم محل التخيير إذا نقص بالقلع ، وإلاتعين مجاناً ، وإذا لم يكن المستعير شريكاً ، وإلا تعينت التبقية بالأجرة ، فإن لم يرض أعرض عنهما ، وإذا لم يشترط تملكه ، بالقيمة عند الرجوع وإلا لزمه ذلك ، على ماقاله الصيمرى ، وإذا لم يوقف وإلا تعين القلع ، بالأرش على الأوجه ، فإن وقفت الأرض ففيه يسطر ذكرته ثم ، مع رد بحث ، هنا لصاحب الأسعار ، وإذا لم يكن على الغراس ثمر ، لم يبد صلاحه ، والا لم يتخير الجدانى ، كمافى الزرع ، لأن له أمد ينتظر ، وقضيه التشبيه وجوب الأجرة لمدة بقائه بعد الزروع / ف .

يُخيرُ المعير بين خصلتين ، أَن يتملك بالقيمة أَو يقلع ويغرم أَرش النقص ، وقيل بين ثلاث خصال ، أَن يبقى بأجرة المثل ، فإن بذل المعير إحداهما أُجبر المستعير على قبولها ، فإذا امتنع المعير من الخصلتين نظرنا إلى المستعير ، فإن بذل الأُجرة لم يقلع مجانا ، وكذا إذا امتنع على الأَصح ، فيعرض الحاكم عنهما حتى يصطلى وللمالك حينئذ دخول أَرضه والاستظلال بالبناء والشجر ، وللمستعير الدخول للسقى والمرمة ، فإن شغل ملكه أَو عطله فعليه الأُجرة ثم المستعير إذا قلعه لزمه على الأَصح تسوية الحفر ، كصاحب البذر المحمول إلى الأَرض ، هذا إذا أَطلق العارية ، فإن إعاره ، بشرط القلع فى مدة لم يلزمه تسوية الحفر على الأَصح ، لأَن شرط ذلك رِضاً بالحفر ، إلا إذا شرط عليه القلع والتسوية ، فإنه يلزمه بالشرط ، وقوله فى الحاوى : كما للغراس والبِناء ، أَن شرطه وإلا بقى بأَجر ، أَو نقص بأَرش ، أَو تملك بقيمة فيه أُمور :

أَحدها : قوله : (كما للغراس ، فلو قال كما الغراس لكان أَحسن ، وأَخْصَرُ) .

الثانى : قَطْعُه بأَنه يخير بين الخصال الثلاث والأَصح أَنه لا يكلف المستعير تسليم الأُجرة ، لأَن الإجارة يشترط فيها الرضى ، وإنَّ المعير بخير بين الخصلتين أَن يقلع بأَرش أَو يتملك بقيمة ، قال فى الروضة ، وبه قطع الجرجانى ، وأَكْثرُ العراقيين وغيرهم .

الثالث : قوله : فإن أَبى كلف التفريع ، الأَصح أَنه يعرض عنهما كما سبق ذكره .

الرابع : وللمستعير الدخول للسقى ، والمَرَمَّة ظاهره أَنه يستحقه والأُجرة عليه وليس كذلك ، بل إذا عطل منفَعة المكان ، مدة بمثلها أُجرة ، لزمته الأُجرة .

الخامس : قوله فإن قلع سوى الحفر ، وليس على ظاهره بل ذلك إذا لم يشترط القلع ، كما سبق ذكره .

وقـوله : (ولكل بَيْع ممن شاء) .

أَى : وللمستعير بيع بنائه وغراسه والحالة هذه ممن شاء ، فإن كان المشترى جاهلا فله الرد بالعيب ، وإن كان عالماً مع المعير كما كان المستعير ، وللمعير البيع أَيضاً ، ويكون حكم المستعير مع المشترى حكمه مع المعير .

وقـوله : (وإنْ قال أَعرتنى فقال أَجّرتُك ، وثم أَجرة أَو عكْسُه ، أَو أَجرتنى أَو أَعرتنى ، فقال غصبت ، حَلَف المالكُ ، نفياً وكذا إثْبَاتاً إنْ ادَّعى الأُجْرة ، وسَقَط المسمى) .

اعلم أَن هذا بجمع أَربع مسائل ؛

الأُولى : إذا اختلف المالك والراكب أَو الزارع ، أَعرتنى ، وقال المالك أَجرتك ، فإن كان ذلك قبل مضى مدة لها أُجرة ، فالقول قول الراكب أَو الزارع بيمينه ، لأَنه يدعى عليه عقداً ، والأَصل

عدمه ، والراكب لايدعى لنفسه حقاً فإن مضت مدة لها أجرة فالقول قول المالك بيمينه ، لكنه يلزمه أن يحلف يمينا يجمع النفى والإثبات على الأصح فيقول : والله ما أعرتك ولقد آجرتك بكذا ، فإذا حلف فهل يستحق المسمى ؟ أو أجرة المثل ؟ وجهان والأصح أنه يستحق أجرة المثل ، وإن نكل لم يحلف الراكب ، لأنه لايدعى حقاً ، هكذا فى الروضة ، ولعله يريد ، لا يُحَلِّفه على دعوى العارية لأنه لا يستحق به شيئاً وأما على نفى استحقاق الأجرة فلا محيص عنه ، وإن كانت الدابة قد تلفت تحت يد الراكب فهو مقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعى أجرة المثل ، فإن زادت الأجرة على القيمة أخَذها وحلف على الزائد ، وإن نقصت أخذ قدر الأجرة وترك الباقى ، لأنه لايد عيه .

الثانية : قال الراكب أجرتنى وقال المالك أعرتك ، والعَيْن باقية فالقول قول المالك ، وبقى الإجارة وإن مضت مدة لها أجرة فالراكب يعترف بالأجرة ، والمالك ينكرها ولا يخفى حكمه ، وإن كانت الدابة تالفة ، والمالك يدعى القيمة وينكر الأجرة والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة ، فإن استويا أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين ، وإن كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة بيمين .

الثالثة : قال المالك غصبتنى ، وقال الراكب : أجرتنى ، فالقول قول المالك ، فإن كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة فذاك ، وإن مضت فالمالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى ، فإن

استويا أَو كانت أجرة المثل أَقل أَخذها بلا يمين ، وإن كانت أَجرة المثل أَكثر يأْخذ الزيادة بيمين .

الرابعة : قال المالك غَصَبْتَنى وقال الراكب أَغْرَمتنى ، فإن لم تمض مدة لها أَجرة ، فلا معنى للمنازعة فيسترد ماله ، وإن مضت مدة حلف نفْياً وإثباتاً ، وقوله فى الحاوى : والقول قول المالك ، إنْ ادعى الغَصْب ، أَو الإجارة ، والراكب والزارع العارية ، أَو بالعكس فيه أُمور :

أَحدها : أَنه قال القول قول المالك مطلقاً وليس كذلك بل إذا ادعى المالك الإجارة قَبْل مضى مدة لمثلها أَجرة ، فالقول قول الراكب ولهذا قال فى الإرشاد وثم أَجرة .

الثانى : أَنه قال : القول قول المالك والظاهر أَنه يجب المسمى ، إذا ادعى الإجارة ، والأَصح أَنها تسقط ويجب أَجرة المثل .

الثالث : فالقول قول المالك ، فاقتضى أَنه يحلف يميناً ، كسائر أَيمان الدعاوى وهو كذلك إذا لم تكن هناك أَجرة مدعاة ، وإلا فالأَصح ، أَنه يجب أَن يحْلف بجمع النفى والاثبات ، فيقول : والله ما أَعرتك ولقد أَجرتك بكذا .

الرابع : أَنه سكت عما إذا قال الراكب أَجَّرتنى وقال المالك غصبتنى ، وحكمها أَن القول قول المالك مطلقاً سواء مضت مدة لها أَجر أَم بخلاف ما قبلها .

الغصب

وقــوله : (باب[1] . الغصب[2] ، استيلاء على حق غيرٍ[3] ظلما)[4] .

اعلم أَن الغصب حرام ، بالكتاب والسنة والإجماع ، والاستيلاء معروف ، وقال عَلَى حَقِّ الغير ، ليدخل المال وغيره لما يثبت فيه حق الاختصاص ؛ كجلد الميتة وكلب الصيد ونحوه ، فإن غصبها حرام على غاصبها الرد ولا ضمان فيها ، واحترز بقوله ظلما ممن ظفر بمال غريمه الجاحد ؛ فإنه يستولى عليه غير ظالم ، بل يستوفى حقه ، وقوله فى الحاوى[5] بالاستيلاء على مالٍ غَيْر مُسْتَوْلَدة ومكاتب ضمن ، فيه أَمران :

أَحدهما قوله : (على مال الغير ، اعترض عليه ابن النحو على

---

(١) فى الغصب وهو حرام بالكتاب والسنة والأجماع فيكفر مستحله ، وفسق فاعله ، ولو لحبة إجماعاً على مازعمه ابن عبد السلام /ف . والأصل فى ذلك قبل الإجماع آية ١٨٨ من سورة البقرة « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآية» وما رواه الشيخان كخبر « أن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ، عن أبى بكرة رضى الله تعالى عنه فى خطبته صلى الله عليه وسلم يوم النحر بمنى حـ ٣ ص ٥٨ بلوغ المرام .

(٢) وهو لغة أخذ الشىء ظلما ، وقيل أخذه ظلما جهاراً ، وشرعاً : الاستيلاء على حق الغير بغير حق /م .

(٣) ولو اختصاصاً ككلب صيد ، أو منفعة ، كإقامة من قعد بمسجد أو سرق أوحق نحو تحجر /م .

(٤) واحترز بظلما الذى هو لغة وضع الشىء فى غير محله ، وإن لم يكن معه إثم عن الاستيلاء على مال حربى وغريم ظفر بماله بشرطه ، ومال غيره بظنه ماله ، وضمانه ضمان الغصب ، لوجود حكمه لا حقيقته /ف وتعبيره بالاستيلاء المنبىء عن الأخذ قهراً وغلبة يخرج به مجرد منعه من تعهد ماله حتّى لو تلف والسرقة والاختلاس على وجه فيه خفاء ولا يضر مشاركة السرقة للغصب فى الضمان وقدره وغيرهما لتميزهما بأحكام أخرى تأتى ، وتعبير الحاوى بالمال لبيان حد الغصب الحقيقى وهو المقتضى للضمان والإثم ، فإن الاختصاص وإن شاركه فى الإثم ووجوب الرد إلا أنه لايضمن /هـ .

(٥) وفى ح « بالاستيلاء على مال غير مستولدة ومكاتبأظلما كأن ركب وجلس فى الفراش ونقل وأزعج فى العقار ودخل بقصده لاضعيف والقوى فيه ضمن مايحصره القدر وحاز سلمه بالمثل إن تلف كعصير تخمر » .

شرحه وتحريره وقال : لو قال على حق الغير بدل المال لكان أولى ، وأقول : لو قال ذلك للزم منه الخطأ ، لأن المصنف لم يرد تعريف الغصب ، وإنما أراد تعريف ما يضمن ، لأن قوله بالاستيلاء متعلق بقوله ضمن ، فلو قال : بالاستيلاء على حق الغير ضمن ، للزم فيه القول بضمان الكلب وجلد الميتة .

الثانى : قوله ومكاتباً ، هو إن كان يُضْمَن وتُضْمَن منافعه لأجل السيد فقد قطع صاحب الحاوى فى الإيمان بأنه ، لو حلف أن لا مال له وله مكاتب لم يحنث ، وقال فى الروضة إن المكاتب ليس بمال على الأصح ، فى تسميته إياه مالاً مناقشة ، فلو عطفه مجروراً على مال ، لسَلِمَ).

وقوله : (وضمن به المكاتب ، والمال ، وجناية تعلقت برقبته ، كأن ركب أو نَقَل أو جلس على فَرْشِهِ وفى عقارٍ باستيلاءِ من أَزْعَجَ ، أو دخل ، ونصفا وفيه غيرٌ لا أقوى).

أى : ضمن بالغصب ما يسمى مالا كالمستولدة ، فإنها تسمى مالا على الأصح ، ويضمن المكاتب وإن لم يسم مالا على الأصح ، ولهذا ذكره مع المال ، ويضمن ما تعلق برقبة المال المغصوب من الجناية ، فإذا غصب عبداً وجنى فى يده على آخر فالضمان على الغاصب ، وإذا ركب دابة غيره أو نقل متاعه أو جلس على فراشه أو حَاز عقاره ورفع يده عنه وإن لم يدخل ضمن ؛ لأن الاستيلاء يحصل بذلك ، سواء قصد الغصب أم لا ، وإذا دخل داراً

وقصد سكناها أو الاستيلاء عليها وليس فيها أحد ضمنها وإن كان ضعيفاً وربها قوياً ، لأن اليد الآن متولّية ، وإنما يسهل عن الْقَوِىّ إنتزاعها منه ، وإن دخل لغرض آخر لم يضمن ، فإذا دخل للاستيلاء وفيها ساكن أقوى منه لم يكن غاصبا ، ولا أثر لنيته مع عجزه ، وإن كان بأن دخل قوى أو ضعيف على ضعيف، ضمن النصف لأن يدهما على الدار ، وقوله فى الحاوى .

وقوله : (ورَدَّ ما نَقَل) .

أى : إذا غصب شيئاً ونقله إلى بلد آخر ، كان للمالك تكليفه رده ، ومطالبته بالقيمة للحيلولة ، ثم إذا رده ردها .

وقوله : (فما ضُبِط كَكَيْلٍ أو وَزْنٍ ، والسَّلَم فيه ، إنْ تلف ضُمن ، بمِثْلٍ كعصِيرٍ تَخَمَّر ، مَا لم يُغير بأَغْبَطَ ، فإن طُولِبَ به ببلدٍ آخر ، وله مُؤْنَةٌ ، فقيمَتُه حَيْثُ تَلِفَ ، كماءٍ فى مَفَازةٍ ، وإنْ فُقِدَ مثْلٌ ، أو وُجِدَ بغَبْنٍ ، أو ضَاعَ مَغْصُوبٌ ، أَوْ نَقَل إلى بَلَدٍ فأقصى قيمةٍ مِنْ غَصْب إلى فقْدٍ ، أو طَلَبٍ للآخَرِين ، واستردَّ لرد المغصوب ، لا مِثْلِه بلا حَبْسٍ)[1] .

أى : شرع فى بيان الضمان فيجب ردُّ المغصوب ، إن كان باقياً ، وإن تلف نظرت ، فإن كان مثلياً ، وهو ما يضبطه كيل أو وزن

---

(١) لما أى لأجلها خلافاً لحاوى ، قال الأذرعى إلا أن يخاف الفوت ، وفيه مابينته ثم قال الماوردى ، ومحل طلب القيمة ، لحيلولة إن كان بمسافة بعيدة ، وإلا لم يطالبه إلا بالرد وقيده الأذرعى ، بما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه وإلا فلا فرق / ف .

ويجوز السلم فيه ، ضمن بمثله ، وأراد بالتقدير الكيل والوزن ولم يقل المقدور ، لأَن ذلك لا يقع إلا على ما يعتاد تقديره ، والماء والتراب لا يعتاد تقديرهما وهما مضمونان بالمثل لأَنهما تقديران ، واشترط جواز السلم ، لأَنه يشبهه من جهة الثبوت فى الذمة ، واشترط فيه من الوصف ما شرط فيه ، وخرج ما لا ينضبط من المعجونات ، والمعروضات على النار ، ثم إذا تلف المثلى وهو على حاله لم يتغير ، فإنه يضمن بمثله ، ومَثَّله بالعصير إذا تخمر للمثلى ولتلفه ، فإن العصير مثلى وتخمره تلف لخروجه عن المالية ، وإن بلغ بعد إخراجه عن المثل أكثر كحنْطة طحنت وخبزت طالب بالأَغبط ، فإن كانت قيمة الخبز أكثر ، طالبه بقيمة الخبز ، وإلا طالبه بمثل الْحِنطة والدقيق ، والتخيير مأْخوذ من قوله بمثل من المثليات التى صار إليها ، فإن وجد المتلف فى بلد آخر وطالبه ، نظرت ، فإن لم يكن له مؤنة كالدراهم والدنانير طالبه بالمثل ، وإلا فليس له طلب المثل ، ولا للآخر تكليف قبوله ، بل عليه أن يغرم قيمة بلد التلف فإن تراضيا على المثل ، لم يكلف مؤنة النقل ، وإن أخذ من القيمة ثم اجتمعا فى بلد التلف فلا رد ولا استرداد فى الأَصح ، ومن ذلك الماء فى المفازة إذا أَتلفَه الغاصب فيها ، ثم ظفر به فى بلد أَو مفازة أُخرى ، لزمه قيمته فى المفازة حيث أَتلفه ؛ لأَن لحمله مُؤْنة ، ولاحاجة إلى تصويره بالشط إلا إذا قلنا بالمرجوح ، وهو أَنه يجب المثل فيما له مؤنة ، أَو كان يسير المؤنة لحمله ، فإنا نقول لا يجب مثله ، بل تجب قيمته فى المفازة ، لأَنه لاقيمة للماء على الشط ، فيكون

كالجمد[1] يتلفه فى الصيف ، ثم يأتى بمثله فى الشتاء ، فإنه لايقبل إلا قيمته فى الصيف ، إذ لا قيمة له فى الشتاء ، وإن فقد المثل أو وجد بأكثر من ثمن المثل ، لزمه أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم فقد المثل ؛ لأنه فى حال وجوده كان مأموراً بتسليمه كما كان مأموراً بتسليم العَيْن حال بقائها فلَزمه أقصى القيمة ، كما أن المقومات تضمن بأقصى قيمها ، وأما بعد العقد فلا نظر إلى تَغيُّر القيمة ، وكذلك إذا ضاع المغصوب أو أبق لزمه – للحيلولة – قيمته أكثر ما كان من حين الغصب إلى حين الطلب ، وإن نقله إلى بلد آخر وله مؤنة فله مطالبته بالرد ، وله مطالبته بالقيمة ، وهى أكثر ما كانت من يوم الغَصْب إلى حين مطالبته ، وحيث ألزمناه القيمة للفُرْقَة فى المغصوب ، أو قيمة المثل إذا فقد المثل ،وفيما إذا نقل المغصوب إلى بلد آخر ، فإذا زاد المغصوب إليه فى البلد ، لزمه رد القيمة ؛ لأنها إنما أُخذت للفرقة ، وأمَّا إذا وجد المثل الذى ضمن القيمة لفقده أو بُعْدِه فإنه لا يلزمه ردها ، لأن الأمر قد انفصل بتسليم البدل ، كالمعسر يصوم عن الكفارة ، ثم يوسر ، وكل هذا مفهوم من قوله لرد المغصوب ، لا مثله وليس للغاصب أن يحبس المغصوب حتى يسترد القيمة على الأصح ، كما ليس للبائع بيعاً فاسداً أن يحبس الثمن ليسترد المبيع ، وقوله فى[2] الحاوى : وأن حَصَّل مِنْه مثلى بما طلب ، فيه أمران :

---

(١) أى الثلج فله قيمة فى الصيف ولا قيمة له فى الشتاء ، /م .

(٢) وفى ح « ويحبس الآبق ليسترد قيمته وإن حَصَّل منه مثلى بما طولب وغيره بأقصى قيمَ يوم الغصب إلى التلف من نقد بلد التلف وإن عاد لا إن تذكر » .

أحدهما : أنه لم يذكر ما إذا حَصَّل منه متقوم ، والأصح أنه يطالبه بالمتقوم ، إذا كان أغبط ، من المثل ، وإلا فالمثل .

الثانى : قوله : ضمن ما يَحصُرُهُ الْقَدْر وجاز سلمه ، دخل فيه ما يحصر الزرع ، والمراد ما يحصره كيل أو وزن .

وقـوله : (وإن نَقَل فتلف وعُدِم المثل ، فأقصى قيمة البلدين) .

أى : إذا نقل الغاصب المغصوب إلى بلد آخر ، ولحمله مؤنة ثم تلف المغصوب فى البلد الآخر ، كان له أن يطالبه بمثله حيث ظفر به من البلدَيْن لتوحد الطلب عليه برد العين فى الموضعين ، فإن فقد المثل أو ظفر بالغاصب فى بلد ثالث ، فالصحيح أنه يطالبه بقيمة أكثر البلدَيْن قيمة .

وقـوله : (ومالا يُضْبَط[1] كَوَصْفٍ ، وإن عاد لا بتذكر وحُلِىٌّ بأقصى قيمة من غَصْبٍ إلى تلف ، بنقد بلده) .

أى : وما لا يضبط ، يعنى الذى لا ينضبط ، يضمن بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف ، ولو تكرر الارتفاع والانخفاض لم يضمن كل زيادة ، بل الأكثر ، ويضمن منافع كل مدة ، بأجرتها ولو تلف بعض المغصوب ، رد الباقى ، من قسط التالف بأقصى القيم ، كما لو غصَب ثوباً قيمته عشرة ، فَصَار بانخفاض السوق خمسة ،

---

(١) أى مالا يمكن ضبطه الضبط السابق وهو مايصح السلم فيه ، كما أفهمته عبارته ، فلا قصور فيها ، خلافاً لمن زعمه/ف

ثم لبسه فأبلاه حتى عادت باللبس إلى درهمين ، لزمه ردّه وخمسة دراهم ، ولو أتلف مُتَقَوَّماً من غير غصب ، لزمه ،وقيمة يوم الإتلاف فإن حصل التَلَفُ بتدريج واختلفت القيمة فى مدة كما إذا جنى عليها وقيمتها مائة ، ثم انخفض السعر وتلفت وقيمة مثلها خمسون لزمه مائة ، قال القفال لأنه إذا اعتبر بأقصى القيم ، فى البلد العادية ، فلأن يعتبر فى نفس الإتلاف أولى ، والوصف مما لا ينضبط فإذا غصب جارية سمينة قيمتها مائة ، ثم صارت بالهزال خمسين ، ثم سمنت فعادت مائة ، ثم ردها رد معها خمسين ، فلو هزلت ثانية ثم سَمنت كذلك ، رد معها مائة ، ولو غصبها وهى تحفظ صنعة ، أو علماً فنسيته ثم تذكرته لم يضمن شيئا ، والفرق أن السمن العائد غير السمن الأول ، والحفظ العائد هو الأول ، وكذلك الحلى من الفضة والذهب ، يضمن قيمته من نقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزمه من ذلك الربا ، لأنه إنما يجرى فى العقود ، لا فى الغرامات ، هذا لفظ الروضة ، وبه قال الجمهور ، وجميع ما ذكرناه أنه يضمن بالقيمة فإن المراد من نقد بلد التلف .

وقوله : (وعَبْدِ قُطِعَ ، بالأكثر من مُقَدَّرٍ ونَقْصِ قيمةٍ) .

أى : وما لا ينضبط ، وعبد قطع ، فإذا قطعت مثلا يد العبد المغصوب ، أو تلفت بجناية ، فإنها تضمن بالأكثر من أرش اليد المقدَّرَةِ ، ونقص القيمة ، وكذلك سائر أعضائه المقدرة ، وإذا كان المتلف

غيره فله الرجوع عليه بما غرم ، وأما إذا تلف هذا العضو ، بآفة سماوية ، فليس إلا نقص القيمة .

وقوله : (فإن جنى ومات ، وضمن قيمته ، فأخذت للجناية ضمن ما أَخذ) .

أَى : إذا جنى العبد المغصوب فى يد الغاصب ، فإن جنايتة مضمونة على الغاصب ، فإن مات العبد فى يد الغاصب وغرم لمالكه قيمته فللمجنى عليه التعلق بها وله مطالبة الغاصب ، فإن تعلق بها واستوفى من المالك ، رجع المالك على الغاصب بما أَخَذ منه المجنى عليه لأَنه من ضمانه .

وقوله : (وضَمِن فَرْدَ خُفٌّ بنقص كلٍ) .

أَى : وإذا غَصَب خُفَّيْن ، وقيمتهما عشرة فأَتلف واحداً وردّ آخر ، وقيمته وحده ثلاثة دراهم ، فإنه يغرم سبعة قطعاً ، ولو لم يغصب إلا الفرد الذى تلف أَو أَتلف واحداً بلا غصب فكذلك على الأَصح وقوله فى الحاوى : وفى فرد خف نصف الجميع : أَى إذا كان قيمتهما عشرة ، وبقى قيمة الفرد ثلاثة غرم الخمسة ، كلامه شامل ، بما إذا غصَب ، وضمن فرد خف ، وبما إذا غصبهما ورد واحداً ، أَو أَتلف الآخر ، وفى الروضة أَنه يضمن سبعةً قطعاً فى هذه الصور ، وكذلك فى الأُخرى على الأَصح .

وقوله : (وغير عاقل فتح عنه ، إن خرج حالاً ، وزِقًّا فتحه فسقط بتقاطر أو ريح لا عارضة ، أو بإذابة شمس ، وبنارٍ موقدها) .

أى : وضمن غير عاقل فتح عنه إن خرج حالا ، وإذا فتح قفصاً عن حمامة فطارت حال فتحه ضمنها ، لأن ذلك دليل على أنه نَفَّرها بالفتح ، ولو وقفت قليلا ثم طارت لم يضمن ؛ لأن للحيوان اختياراً فيصادف خروجها بعد التوقف إلى اختيارها ، وحكم البهيمة والعبد والمجنون بحل رباطها حكم الطائر ، ولو وثبت على الحمامة هرة حالة الفتح ضمنها ؛ لأنه بفتحه عنها كالمغرى للهرة ، وإن أتلفت بطيرانها قارورة ضمنها ؛ لأن التنفير منسوب إليه ، ولو حل قيد عبد عاقل غيرِ آبق لم يضمن وكذا إن كان آبقاً على الأصح ، ولو فتح رأس زق فتقاطر ما فيه نظرت ، فإن كان مطروحاً فاندفق ما فيه ضمن وإن كان مُنْتَصِباً ، بحيث لو بقى على حاله لم يضع ما فيه لكنه سقط فضاع ما فيه ، فإن سقط بفعله بأن تَحرك حال فعله ضمن وكذا إذا سقط بسبب فعله ؛ بأن أخذ يتقاطر حتى ابتل أسفله وسقط ضمن ؛ لأن فعله سبب السقوط وإن سقط لعارض من ريح أو زلزلة ، أو وقوع طائر عليه ، فلا ضمان بخلاف ما إذا كانت الريح المسقطة موجودة وقد أطلق فى الحاوى : وقال لا إن سقط بريح . ولم يفرق بين العارضة وغيرها ، وهو خلاف عبارة الأصحاب ، فإنهم يخصون بذلك الريح العارضة ، ولو أخذ فى التقاطر فنكسه آخر ؛ فالضمان قبل التنكيس على الفاتح وبعده على المنكس ؛ لأنه مباشر ، فخص بالضمان كالملقى فى البئر مع حافرها ، هذا إذا كان فى الزق

مائعاً ، فإن كان جامداً ، فأَذابه حر الشمس ، أَو الجو ضمن ،
لأَن هذا منتظر لابد منه ، بخلاف هبوب الريح ، وإذا أَوقد رجل
عنده ناراً فذاب منها ، فالضمان على الموقد ؛ لأَنه مباشر ، فعلمت
من هذا أَن الضمان ليس مقصوراً على الغصب وحده بل الإتلاف
أَيضاً موجب للضمان ، بل هو أَولى ، ثم الإتلاف ، قد يكون بمباشرة ،
وقد يكون بالسبب كما ترى ، وكلاهما مُضَمِّنٌ ، لكن المباشرة مقدمة
فى وجوب الضمان ، وقوله فى الحاوى : كأَن فتح عن غير عاقل :
تقديره بالاستيلاءِ على مال الغير ضمن ما يحصره القَدْرُ منه ، إن
تلف بالمثل كعصير تخمر ، ولو عطف بالواو صح الكلام ، لأَن
الطائر ليس مما يحصره القَدْر ، ولا مُنَفِّرُهُ بفتح القفص مسئول عنه ،
فحكم بأَن المغصوب إذا تلف يضمن كما يضمن غير المغصوب
بالإتلاف .

وقوله : (فإن فتح حرزاً ، أَو دل سارقاً ، أَو حبس ذا مال
لم يضمن) .

أَى : لأَنه لم يوجد منه إثبات يد على مال ، ولا مباشرة بل المباشر
هو السارق ، فلو كان هذا سببا لكان فى المباشرة ما يسقط عنه الضمان
وليس فى حبس الرجل إتلاف لماله وترك ، وقوله فى الحاوى : أَوضاع
فى داره شئ ، اكتفى بما ذكرناه ، فى آخر الوديعة ، فقد تكرر فى
الحاوى : وذكَرَه فى الوديعة بأَتم مما ذكره هنا .

وقوله : (وضمن وإن أَدَّى قيمة فُرْقَةٍ أَرْشاً ، ومنفعة ، مع
صيد عبد لا منفعة كَلْب ولا حُرٍّ ، أَو بُضْع بلا استيفاء) .

أَى : ويضمن أَرش نقص حصل فى المغصوب ، سواء كان بفعله أَو بفعل غيره ، ويضمن منافع المغصوب إذا غصب ثوباً مثلا ولبسه حتى أَبلاه ، لزمه أَجرة لبسه وأَرش النقص للبس على الأَصح ، ويضمن المنافع وإن لم يستوفها لدخولها تحت اليد ، لا منفعة الحُرِّ ولا منفعة البضع ، ولأَنهما لا يَدْخلان تحت اليد ، فلا يضمنا إلا باستيفاء ، ولهذا يجوز تزويج الأَمة المغصوبة وإن لم يجز بيعها ، لدخولها دون البضع تحت اليد ، فإن استخدم حُرًّا ، ووطئ مغصوبة لزمه أَجرة ومهرها ، وإن حبسه أَو استولى على الأَمة مدة لم يضمن إلا مهرها ، نعم من استأجر حراً فله تأجيره وإن لم يدخل تحت اليد ، جُوِّزَ ذلك للحاجة والمصلحة ، وإذا غصب عبداً ، فاصطاد للغاصب ، فالصيد للمالك ، وعلى الغاصب ضمانه وأَجرة مدة الاصطياد وأَرش طرأَ فيه ، ولو أَبق هذا المغصوب ، وجب على الغاصب بتسليم قيمته أَكثر ما كان من حين الغصب إلى حين المطالبة ، للفرقة والحيلولة وقد بينا أَنه يردها إذا رد المَغصُوب ولم يكن له أَن يُقَاصِصَه بأَجرة مدة الغصب ، ولا تسقط الأَجرة بتسليم قيمة الفُرْقَة ، وسواء كان العبد مكاتباً أَم لا ، وأَما ما غرمه الغاصب ، من أَجرة المكاتب يحسب من نجومه .

قوله : (وبإغلاءٍ نَقْصَ زَيْتٍ ، لا عين عصيرٍ فقط) .

أَى : نقص الزيت بالإغلاء ، ولا يخلو الزيت إذا أُغْلِي من أَن ينقص عينه أَو قيمته أَو ينقصا جميعا ، أَو لا ينقص واحد

منهما ، فإن لم ينقصا فلا شئ ، وإن نقصت العين دون القيمة ضمن مثل الناقص أو القيمة دون العين ضمن الأرش ، وإن نقصا معاً ، ونقصان القيمة بقدر نقصان العين ضمن مثل ما نقص ، وإن زاد نقصان القيمة رد مثل ما نقص من العين مع الأرش ، وإن أغلي العصير ، فتنقص عينه ولم تنقص قيمته ، فلا ضمان على الأصح لأن الذاهب ماؤه ، وقوله فى الحاوى[1] والزيت والعصير إن نقص لا قيمته فيه أمران :

أحدهما : قوله لا قيمته أراد به أنه يضمن إذا نقص قدره لإغلاءٍ ، وإن لم تنقص قيمته ، وقد يوهم أنه إذا نقص بالإغلاءِ ضَمِنَه دون قيمته وليس كذلك ، بل قد يضمن فى مسألة الإغلاء بالمثل والقيمة معاً ، وذلك إذا أغلاه فنقص ربع مكيله ونصف قيمته فإنه يضمن ربع مكيلته وربع قيمته أرشا .

الثانى : أنه جعل العصير كالزيت فى أنه يضمن نقص عينه بالإغلاءِ . وإن لم تنقص قيمته ، والأصح فى أصل الروضة ، وفيما نقله فى العزيز عن الشيخ[2] أبي حامد والقاضى[3] والرويانى[4] ، ولم يرجح سواه أنه لا يضمن لأن الذاهب ماؤه .

---

(١) وفى ح « والزيت والعصير إن نقص لا قيمته بالإغلاء لا السمن المفرط » .

(٢) الشيخ أبو حامد شيخ طريقة العراق .

(٣) القاضى حسين .

(٤) الرويانى . عبد الواحد بن اسماعيل بن احمد بن محمد » الإمام الجليل أبو المحاسن الرويانى صاحب « البحر » أحد أئمة المذهب ولد فى ذى الحجة سنة ٤١٥ هـ خمس عشرة وأربعمائة وتفقه على أبيه وجده ببلده وعلى ناصر المروزى بنيسابور ومحمد بن بيان وعبد الله بن جعفر الخبازى وغيرهم وكان يلقب بفخر الإسلام وله الجاه العريض فى نيسابور=

وقـوله : (وضمن زيادة تحل ولو بفعله ، كتِبْر صاغه ، وسَمِنٍ أَفاد . لا نَقْصَ رُخَصٍ ، ونحو آلة لَهو ، بكَسْرٍ لا ما زيد عَبَثاً) .

أَى : وما حصل من المغْصُوب من زيادة ، كَكَدَرٍ وصوف ونسل وصنعة هو مضمون على الغاصب ، وإن حصلت فيه زيادة بفعله كما إذا غصبت تبراً فصاغه ، أَو خشبة فجعلها باباً ، فإنه بالتلف يضمن التبر مصاغاً والخشبة باباً ، وإذا ردّه وأَمكن إزالة الصنعة فله تكليفه إزالتها وتضمينه أَرش ما نقص من قيمة المغصوب لا الزيادة التى أَذِنَ فى إتلافها ، ولو أَزالها الغاصب وأَبدلَهَا بصفة أُخرى ضمن زيادة الصفتين كالسِّمَنَيْن . ولو أَراد الغاصب إزالة صَنْعتِه وضمان أَرشها ، لم يكن له إلا لغرض ، كأن صَنَعَهَا دراهم بغير سكة السلطان وخشى التعزير ، ولايضمن سِمَناً لا فائدة فيه ، كما إذا سمَّنَ الجارية أَو الفرس سمناً جاوز حَدَّ الاعتدال ، وكان لايريد به على حالة الاعتدال ، أَما إذا كان فى نحو الشاة وما يتخذ للذبح فلاشك أَن القيمة تزداد به . وإن زاد قيمتها ، بتعلم صنعة محرمة كضرب العود ، لم يضمن الزيادة وذكر فى الروضة ، أَنَّه لا يضمن زيادة الجارية بتعلم الغناء فى يد الغاصب ونسيانها إياه فى يده ، وقال إنه الأَصح المنصوص وأَما تفاوت السعر بالرخص والغلاء فلا يضمن ، ولو كسر الأَصنام وآلة الملاهى لم يضمنه بكسرها ، وهذا إذا كان الكسر

=وبخارى ومرو وغيرها وله العلم الغزير والدين المتين والمصنفات السائرة فى الآفاق والشهرة فى حفظ المذهب ومن تصانيفه « الفروق » و « الحلية » و « التجربة » و « المبدأ » وحقيقة القوانين » و « الكافى » وغيرها وتوفى شهيداً فتلته الملاحدة حسداً وحقداً عليه فى المحرم سنة ٥٠٢ اثنتين وخمسمائة ج ٤/٢٦٤ طبقات الشافعية .

بقدر ما يمنع الانتفاع المحرم ، فإن جاوز ، ذلك ضمن المجوز فقط إذا أراد إزالتها فمنعه صاحب اليد ولم يمكنه التوصل إلى إتلافها إلا بترضيض أو إحراق وفَعَل ذلك لم يضمن ، وقوله : فى الحاوى[1] : إلا السمن المفرط ، إلى قوله ولو بفعله ، فيه أمور :

أحدها : (قوله : إلا السمن المفرط ، أطلق كون إفراط السمن علة لسقوط الضمان ، وليس كذلك ، بل ذلك مخصوص بما إذا لم تزد به القيمة كسمن الجارية ونحوها المفرط ، أما المأكولة فإفراط سمنها زيادة فى قيمتها) .

الثانى : والملاهى بالكسر ، مقتضاه أن انكسر فيها غير مُضَمَّنٍ مطلقا والأصح أنه مخصوص بقدر تمنع منه المنفعة المحرمة ، فإذا جاوزه ضمن كما صحح فى العزيز والروضة .

الثالث : قوله : لا الإحراق مقتضاه أنه يضمن كل إحراق وليس كذلك ، بل إذا امتنع ذو اليد ولم يمكن إتلافه إلا بالإحراق أحرقه ولم يضمن .

الرابع : قوله : (وضمن الزائد ولو بفعله يرد عليه ما لا يحل من الزيادة كتعلم ضرب العود ، قال ابن النحوى : يدخل فيه ما إذا زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته لكن الأصح من

---

(١) وفى ح « لا السمن المفرط ونقصان الكساد . والملاهى والصليب والصنم بالكسر لا بالإحراق والخمر المحترمة والذى وترد ورد المغصوب والزائد وضمنه ولو بفعله » .

زيادة الروضة أنه لا يضمن ، ونقل الروياني ، عن النص وعلله بأنه محرم ، وقال ابن النحوى : والتعليل بهذا مخالف لما صححوه فى كتاب الشهادات ، أنه مكروه ، فقط انتهى ، وأقول يمكن الاعتذار عن النص ولما صححه النووى ، وخالف به فى الشهادات بأنه ذكر كراهته الغِناءِ فى حالة واحدة ، وهى إذا لم تحدث فتنة ، وتعلم الغناء تَعَلُّم لما يخشى منه الفتنة فحرم كما يحرم غناؤها المخصوص بخوف الفتنة .

وقوله : (ورُدَّ ولو خرقا ، بأَرش وخمر ذمِّيٍ كتمت أَو محترمة بلا ضمان) .

أَى : ويجب رد المغصوب ولو كان ثوباً وتمزَّق وصار خرقاً ، لزمه أَن يرد الخرق وأَرش النقص لأَنها عَيْن ماله ، وكذلك الشاة بذبحها والبر بحنطة ، ويجب رد الكلب المقتنى ككلب الصيد والماشية ، وخمر الذمى ، والخمر المحترمة ، وجلد الميتة ، فإن كل ذلك يجب رده إلى صاحبه ، لأَنه أَحق به ، لكنه إذا تلف لم يضمن ، لأَنه لا قيمة له ، هذا إذا كتم الذمى بالخمر ، فإن تظاهر به أُريقت ولم يتعرض بهذا فى الحاوى .

وقوله : (وَحَرُم دون غرض رَدُّ تراب بلا إذن وطَمُّ بئر بَعْد رِضًا) .

أَى : وإذا وجب رد المغصوب فإذا كان تراباً نقله من أَرض غيره لزمه رده ، لكن لا يجوز إلا إذا كان للغاصب غرضٌ فى رده ، بأَن

كان قد نقله إلى أَرض نفسه وأَراد تفريق أَرضه منه ، أَو وضعه فى
فى طريق وخشى التعثر به ، فإن رَدَّهُ وكان فى طريقه موات ونحوه
تركه فيه ، فإن لم يكن فى نقله غرض ، ورضى المالك باستدامة البئر
لم يجز رد التراب إلا بإذنه ، لأَن رضاه بالاستدامة ، تُسْقِط الضمان ،
ويمحو أَثر التعدى ، فإن خالف ورد التراب وطم البئر لزمه نقله وحفرها
ثانياً على الأَصح ، ولو سفت الريح التراب ، غرم الغاصب مثله عند
الطلب ، وإذا لم يرض المالك باستدامة البئر ، وأَراد الغاصب طمَّها
وقد ضاع ترابها ولم يأْذن فى غيرها ، فله طَمُّها بغيره على الأَصح ،
وقوله فى الحاوى : ورد التراب بالإذن حيث لا غرض أَو لم يرض
فى الطَّم فيه أَمران :

أَحدهما : أَن مقتضاه الغاصب إنما يتسلط على طم البئر برد
ترابها دون غيره ، إذا تلف وهو وجه ، والأَصح أَن له طمُّها بغيره .

الثانى : أَن قوله ولم يرض فى الطم مقتضاه ، أَنه إذا رضى باستدامة
الحفر امتنع عليه الطَّمُ وليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا لم يكن له
غرض كما فى المسأَلة الأُولى .

وقوله : (وكُلِّف تَسْويةً ، لا إعادة جدار) .

أَى : إذا نقل التراب لزمه رده وتسويته كما كان وتسوية حفره
كما كان ، ولو هدم جدارا لم يلزمه إعادته ولزمه الأَرْش على الأَصح ،
وفرق الإمام بينهما ، بأَنَّ طَمَّ البئر لا يكاد يتفاوت وهيئة الأَبنية

تختلف ، فشبه ذلك بذوات الأمثال ، وهذا بذات القيم ، حتى لو نزع لَبِنةً أو لبنتين من رأس الجدار ، وأمكن الرّد من غير اختلاف هيئته فهو كطم الحفر .

وقوله : (وله نَزْعُ ساجة[1] من بناءٍ قبل تَعَفُّنٍ أو سفينة لا بلجَّة ولو فارغة ، كخيط من جُرح محترم إن أمن أو مات ولو آدمياً أو ارْتدّ) .

أى : ولو غصب ساجة وأدخلها فى بناية ، فَلِمَالِكها إخراجها منه ، وإن أدَّى إلى هدم بناية ، وهذا إذا لم تتعفَّن الساجة ، فإن تَعَفَّنَتْ لم ينزع ، وكذا إذا بلى الخيط المخاط به الجرح لا ينزع ، ولو أدخلها فى سفينة وكانت على الشط نزعها منها ، وإن كانت فى اللُّجَة وفيها حيوان محترم ولو كان للغاصب أو مال لغيره ممن لم يعلم لم ينزع ، وإن كانت فارغة أو فيها مال للغاصب أو لمن علم بِغَصْبه ثم أَدْخَل مَالَهُ فوجهان الأَصح لا ينزع ؛ لأن الإمهال إلى قربها من الشط هَيْنٌ ، وكذلك لو خاط بخيط مغصوب ثوباً ونحوه ، فله نزع الخيط ، فإن أخاط به جُرْحَ حيوان ، نظرت ، فإن لم يكن له حرمة كالمرتد والكلب العقور ونحوه فلا مبالاة فينزع الخيط ، وإن كان محترماً نظرت ، فإن خيف منه محذورا يبيح التيمم لم ينزع إلا أنه لا أثر للشين الظاهر

---

(١) الساجة الواحدة من الساج وهو ضرب عظيم من الشجر وجمعها ساجات وهو ينبت فى الهند ويجلب منها إلى غيرها وقال الزمخشرى الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران ، وقال بعضهم الساج يشبه الآبنوس وهو أقل منه سواداً انتهى مصباح / م .

فى الحيوان غير الآدمى وتجب قيمة الخيط للحيلولة على المجروح ، فإن كان هو الغاصب ، أو علم ، وإلا فالقرار عليه أيضاً على الأصح ، كمن قدم لضيفه طعاماً مغصوباً ولو مات من خيط بالمغصوب جراحته ، وكان حيواناً نزع ، وكذا إذا كان آدمياً على الأصح ، لأن الجسم بعد الموت للبلى وقوله فى الحاوى[1] : والساجة المندرجة فى البناء ، والسفينة ، لا إن خاف محترماً ، غير مال الغاصب ، فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق النزع من البناء وذلك مخصوص بما إذا لم تتعفن الساجة فإن تعفنت لم تلزمه القيمة :

الثانى : قوله : لا إن خاف محترماً غير مال الغاصب. مُقْتضاه أنه ينزع إذا كان فيها مال الغاصب ، أو كانت فارغة ، لأنها ماله والأصح أنه لم ينزع قال النووى وهو الذى صححه الأكثرون .

الثالث : قوله : وخاف هلاكه . ليس التخصيص بما إذا كان الهلاك هو الصحيح ، بل الصحيح أن كل محذور يبيح التيمم لا يباح له نزع الخيط ، ذكره فى العزيز والروضة .

الرابع : قوله : وإن مات الآدمى ، أى فإنه لا يَنْزع ، والأصح فى الروضة أنه ينزع وصححه فى العزيز عن صاحب[2] النهاية ولم يرجح غيره .

---

(١) وفى ج « والساجة المدرجة فى البناء والسفينة لا إن خاف محترماً غير مال الغاصب كما لو خاط به جرح محترم وخاف هلاكه وإن مات الآدمى لا إن ارتد وكسر الظرف للتخليص » .

(٢) النهاية لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن حيويه الجوينى .

وقوله : (وَكُسِرَ ظَرْفٌ لتخليص ، بأَرش ، لا لمالك فعل) .

أى : وإذا وقع دينار مثلا فى محبرة ، أَو كبئرِ فصيل[1] ، فضاق عنه الباب ، وكسر المحبرة ، ثم إن كان الدخول بفعل صاحب المحبرة ، فلا أَرْش وإن لم يكن بفعله ، فله الأَرش على صاحب الدينار ، والفصيل لأَنها تلفت لتخليص ماله .

وقوله : (وأَخذ مُسْتَحِيل بذر وبيض ، وعصيرٍ بأَرشٍ وخمر ، وجلْدٍ ، إن لم يُعْرِض) .

أى : إذا غصَب بَذْرًا فزرعه ، أَو بيضاً فتفرخ ، أَو عصيراً فصَارت خلاًّ ، أَو غُصِبَت خمراً - وكانت محترمة - وهى التى اتخذ عصيرها ليصير خلاًّ فصَار خلا ، كذا فسره الشيخان فى الرهن ، وكذا غير المحترمة على الأَصح ، أَو غصب جلد ميتة فدبغه ، فإنه يأْخذه المالك . وإن حدث نقص فى الثلاثة ردها ، وردّ معها أَرش النقص ، أَما العصير إذا انقلب خمراً ، وقد قصد به الخل ، فإنه يَغْرِم معه كمال القيمة ، ويكون مالكه أَولى به وإن لم تكن محترمة فعلى الغاصب إراقتها ، وإنما يُرَدُّ الخل والمدبوغ إذا لم يعرض عنهما المالك قبل عود المالية ، ولم يتعرض فى الحاوى للإعراض وعدمه .

---

(١) يريد كبئر وقع فيه فصيل وضاق الباب عن إخراجه والفصيل ولد الناقة إذا بلغ حدا يمكن عنده فصاله وفطامه عن أمه ، المصباح المنير / م .

وقوله : (وإن صَبَغ الثوب – ولو بمغصوب[1] – فالنَّقْصُ على الصبغ ، والزائد بينهما[2] ، وكُلِّفَ قَلْعُ مُتَحَصِّلٍ كبناءٍ ونبات ، – وإن بذله أَو نقص – ولا يتملك عليه ، وإن بقى كلف بِبَيْعِهِ ، مع الثوب لا عَكْسُه)

أى : وإن صَبَغ الغاصب الثوب المغصوب ، فلا يخلو ، إما أَن يكون الصبغ ملكاً للغاصب أَو مغصوباً ، فإن كان مغصوباً نظرت ، فإن حصلت زيادة بإصباغه ، فإن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة ، الصبغ عشرة ، فبلغ مصبوغاً ثلاثين ، فهى بينهما نصفين ،وإن تساوت القيمتان أخذ كل ماله . وإن حصل نقص ، اختص له صاحب الصبغ ، لأَنه تابع والثوب أَصل ، فإن صارت قيمتهما ثمانية ، غرم الغاصب قيمة الصبغ ، ولصاحب الثوب درهمين ، ونقل فى العزيز والروضة عن الشامل والتتمة أَنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثوب فالنقص محسوب من الثوب ، أَو لانخفاض سعر الصبغ فمن الصبغ ، وكذا لو كان النقص بسبب[3] العمل ، قال ، ويمكن هذا التفصيل المراد ممن أُطلق ، قلت :والصبغ وإن كان لهما حكم الأَعيان ولكن وقع فيهما بعد الاختلاط تَغَيُّر ، فقد يكون زيادة وقد يكون نقصاناً ،

---

(۱) أى بصبغ غصبه من مالك الثوب ، أو غيره ، فحدث نقص فى قيمتهما أو زيادة عليها وكان ذلك بسبب العمل /ف

(۲) أى بين الثوب والصبغ فيوزع عليهما بحسب القيمة ، فلصاحب كل حصة ماله / ف .

(۳) وخرج بقولى بسبب العمل النقص أوالزيادة بانخفاض سعر أو ارتفاعه ، فإنه يختص بمن انخفض أو ارتفع سعر ماله كما بينته فى الأصل مع فوائد منها الرد على الشارح فى الجوجرى فيما شنع به على المصنف ، ومحل الاشتراك أن تعذر فصل الصبغ / ف .

فهما فى حال التقويم ، لزيادة كالأعيان المشتركة تُقَوَّم لِيَصِل كلٌ إلى حِصَّتِه وربحها فى حال التقويم للنقص كالأعيان المجنى عليها ، تُقَوَم لمعرفة الأرش ، فهلا قيل إنها فى حال الزيادة ؟ تقوم بقيمة الوقت كما فى الأعيان المشتركة ، وفى حال النقص يقوم على الغاصب لجواز الفائت بأقصى القيم ، وأكثرها من الغصب إلى التلف كالأعيان المجنى عليها . فإذا غصبه وقيمته عشرون ، ثم صار بالرخص إلى عشرة ، ثم صبغه فبلغت خمسة ، لزمه رد الثوب مع عشرة ، وهذا لا محيص عنه ، وفى حق الشريك غير الغاصب بقيمة الوقت . واعلم أنا لا نحكم باشتراكهما إذا تعذر فصل الصبغ ، أما إذا أمكن فصله ، فإنا ننظر فيه ، فإن كان لا يحصل منه عين ، فليس للغاصب فصله إن رضى صاحب الثوب بتركه ، وهو لصاحب الثوب تكليفه فصْله ؟ وجهان : الأصح لا ، فتبقى الشركة بينهما ، وإن كان يحصل منه عَيْن فلكل منهما طلب فصله ، فإن لم يرض الغاصب فللمالك تكليفه ، ولو نقص به الثوب ويطالبه بأرشه ، ولو قال الغاصب تركت الصبغ لم يكلف قبوله بل يكلفه فَصْله ، وكذلك إذا بنى الغاصب فى الأرض المغصوبة ، أو زرع أو غرس ، فلصاحب الأرض تكليفه القلع ، ولو أراد مالك الثوب أو مالك الأرض أن يتملك على الغاصب الصبغ والبناءِ والغِراس بالقيمة ، كما فى المستعير والمستأجر ، لم يكن له ذلك ، لأن له تكليف الغاصب القلع مجاناً ، بخلاف المستعير والمستأجر ، وإن بقى الصبغ أما لضرورة كونه لا يمكن فصله أو بتراضيهما ، وأراد صاحب الثوب بيع الثوب ، لزم صاحب الصبغ بيع صبغه معه ، لأنه لا يمكن بيعه

وحده لتعذر الانْتفاع به ، وامتناعه من البيع منع له عن بيع ملكه ، ولو أَراد صاحب الصبغ بيع الصبغ ،لم يكلف صاحب الثوب البيع ؛ لأَن الغاصب متعد فلا تسلط بتعديه على إزالة الملك المتعدى عليه . وإن كان الصبغ لغيره ، فهو يأْخذ منه القيمة للحيلولة ، ويمنع صاحب الثوب من استعماله حتّى يتراضيا على شئ ، وقوله فى الحاوى : وأَلزم بيع صبغ أَن بيع الثوب لا بالعكس ، وَقلع الصبغ والزرع والغراس والبناء فيه أَمران :

أَحدهما : أَنه أَطلق تكليف الغاصب بيْع الصبْغ مع صاحب الثوب ، كما ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : وقلع الصبغ يقتضى إزالة الصبغ مطلقاً ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا كان يحصل منه عين ، وإلا فلا يكلف على الأَصح كما هو فى العزيز والروضة .

وقوله : وخلط مالا يتميز ، وجناية تسرى ، كجعله هريسة أَهلاك ، وكلف تمييز شَعِيرٍ من بُرٍ .

أَى : إذا غِصب مثلياً وخلطه بمثله نظرت ، فإن كان لا يتميز كزيت يخلطه بجنسه أَو بجنس أُخرى كشيرج فالأَصح حكم التالف سواء خلطه ، بأجود أَو أَردأ أَو مساوٍ ، وللغاصب أَن يعطيه مثل حقه من غيره أَو منه إن لم يخلطه بأَرْدَأَ منه ، والفرق بينه وبين المفلس حيث جعلنا البائع شريكاً له ولم نجعله كالهالك ، أَن البائع هناك لا يصل إلى حقه تماماً إلا بذلك ، بخلاف هذا فإن الغاصب يضمن

البدل كله ، وأما إذا خلطه خلطاً يمكن تمييزه ولو بمشقة شديدة ، كما إذا خلط برا وشعيرا وذرة بدخن فإنه يلزمه تمييزه ، ثم إذا حكمنا بأن المخلوط فى حكم الهالك صار ملكاً للغاصب بنفس الخلط لكن ليس له التصرف قبل إيفاء قيمته ؛ لأنه لو ملكه إيَّاه بعوضٍ لم يملك له التصرف فيه ، بل لمالكه حق الحبس حتى يرضى بذمته فكيف إذا ملكه بغير رضاه ، ولو غصب حنطة وبلَّها وتمكن منها العفن السارى أو جعلها هريسة ، أو الدقيق عصيدة فإن هذا أيضاً يلحق بالهلاك على الأصح ، وهل يملك الغاصب الهريسة ، لأنها ملحقة للهالك فى حق المالك أم يبقى على ملك المالك ولا يكون عدوانه قاطعاً حقه كما لَوْ نجس زَيْتَه وجهان[1] .

وقوله : (وضمن آخذ من غاصب ، لا بنكاح ، ورجع أن جهل ، لا بما ضمنه ، لو أخذه من مالكه ، أو فوَّته كَمُشْتَرٍ لا يرجع بقيمة ، وأرش ، ومَهْرٍ ، بل بقيمة ولد حُرٍ وأرش بنائه) .

أى : وكل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهى ضامنة وإن كان بغرور من الغاصب سواء علم الأخذ منه ، أو جهل ، فإنه يضمن ، وللمالك مطالبة من شاء منهما ، وهل يرجع الأخذ من الغاصب على الغاصب بما غرم ينظر فيه ، فإن كان عالماً فهو كالغاصب فلا يرجع إذا تلف تحت يده ، وإن كان جاهلا نظرت ، فإن أودعه أو رهنه

(١) وهناك قول ثالث يقول بوجوب رده مع أرش النقص وقول رابع يخير بينهما المالك ، أى بين قيمة ماصار كالهالك وبين ماصار كالهالك مع أخذ أرش النقص ، شرح منهاج النووى /م .

فضمن الوديعُ أَو المرتهن ، رجع على الغاصب؛ لأَنه غره فيما لا يضمن لو أَخذه من مالكه ، وإن أَعاره إياه واشتراه منه أَو اتهبه وتلف عنده أَو تعيَّب وضمن العين لم يرجع على الغاصب ؛ لأَنه لو استعار أَو اشترى أَو اتَّهَب من المالك ، كانت العين من ضمانه فذلك إذا أَخذها من الغاصب ، وهو المراد بقوله : كَمُشْتر جعله مثالا لا بمن يضمن ، إذا أَخذ من المالك ، أَما ما ضمن بالقيمة والأَرش والمهر لا يرجع على الغاصب ، وأَما المنفعة فإنهم دخلوا على أَنَّهم لا يضمنونها لكن إذا استوفاها لم يرجعوا ، أَما ما تلف منها تحت اليد لا باستيفاء رجعوا ، به لأَنهم لم يدخلوا على أَن يضمنوا المنافع ولا فوتها ولو اشترى أَمة فأَولدها ، أَو أَرضا فيبنى فيها ثم خرجت مستحقه ، فالولد حر نسيب للشبهة ، وتلزمه قيمته يوم الولادة لسيد الأَمة ، والبناء يلزمه قلعه ، فإذا غرم القيمة وقلع البناء ورجع على الغاصب لأَنه لم يدخل على أَن يضمن ذلك : والمستأَجر كالمودع يرجع بقيمة العين ، وأَما المنفعة فيغرم المستأَجر أَجرة المثل ، ويرجع على الغاصب بالمسمى ، واعلم أَن من تزوج من الغاصب لا يضمن لأَن الزوجة لا تدخل تحت اليد ، وقيل يضمنها ، كالمودع على المذهب فى الروضة أنه لا يضمن ، ولم يستثن فى الحاوى الزوجة المأَخوذة من الغاصب بالنكاح ، ولعله اكتفى بما ذكر أَولا من كون البضع لا يدخل تحت اليد .

وقوله : (فإن غَرَّ المالكَ ، فأَكل أَو تزوَّج فأَولد ، أَو قتل

قصاصاً ، الا دفعاً أَو اتهبه أَو أَعْتَقَهُ أَحدهما ، بإذن برئ ، إلا بإيجار ، وإيداع ورهن) .

أَى : إذا غر الغاصب المالك ، فقدم إليه طعامه ضيافة فأَكله ، فالأَصح أَنه يبرأ ؛ لأَنه أَتلفه والقرار على المتلف ، نعم لو قدمه إليه وقال : هو ملكى لم تسمع دعواه أَنه المغْصُوب ، ولو قدمه إلى أَجنبي وطولب بالغاصب ، لم يكن له الرجوع على الأَجنبي ؛ لاعترافه أَنه مظلوم ، وكذلك لو باعه منه وأَتلفه وله استرداد الثمن ، ولو قدمه إلى غيره ، فأَكله مغرور لزمه الضمان أَيضاً على الأَصح ، وقراره عليه ولم يذكر فى الأَصل لأَنه داخل فى قوله : وضمن أَخذ من غاصب ، ولَوْ زَوَّج الغاصب المغْصُوبة من المالك فوطئها وأَولدها صارت أُم ولد له ، وبرئ الغاصب بذلك من الضمان ، ولو قتل المغصوب من يرثه مالكه فقتله وهو تحت يد الغاصب قصاصاً وقد غرّه الغاصب به ولم يَعْلَمْه أَنه عبده برئ الغاصب أَيضاً على الأَصح ؛ لأَنه صَالَ عليه فقتله دفعاً ، فإن الغاصب لا يبرأ ، ويلزمه ضمان العبد ؛ لأَنه لو كان ملكاً للغاصب لما ضمنه ، ولو ظنه عبداً للغاصب فاتهبه له ، أَو أَقْبَضه برئ الغاصب على الأَصح ، وإن أَمره الغاصب بعتْقِه فأَعتقه ، أَو أَمر المالكُ الغاصب بعتقه وهو يظنه عبده ، فأَعتقه نفذ العتق وبرئ الغاصب ، لأَنه أَتلف ملكه بالعتق ، أَو بالإِذنَ فيه ، وسواء قال : أَعتقه وأَعتق أَو عنى أَو عن نفسك فإنه يعتق ، إلا أَنَّ فيه إذا قال أَعتق عنى وجهين مطلقيْن ، فى الغزيز والروضة

وصحح فى المهمات النفوذ ، ففى كل هذه المسائل إذا غَرَّه الغاصب وفعل ما ذكرناه برئ ، بخلاف ما إذا أَودع الغاصب المالك أَو رهنه أَو أَجَّره المغصوب وغرر ، فإنه لا يبرأ ، وإن تلف عند المالك طلبه ، لأَنَّ يدَه فى هذه الحالة غير ضامنة .

الشفعة

وقوله : (باب . الشفعةُ[1] فى أَرضٍ بتابعٍ ، لا تابعٍ دون أَرْضٍ ، مُنْقَسِمٍ قهراً كَمَمَرٍ منه بُدٌّ لشريك ولو وارث مريض حابا ، وأَباً لا نحو وَصِىّ فيما باع لطفلٍ ، أَنْ تملك قبلٌ بمعاوضة ، لا عوض نجم مكاتب رَقّ ، ومُوصًىً به لمن خدم ولده) .

أى : اعلم أَن الشُّفعة لا تصح إلا فى الأَرض وتابعها من البناءِ والشجر ، ويدخل البناء والشجر فى اسم التابع ؛ لأَنهما تابعان للأَرض ويدخل فيه الرفوف والأَخشاب المثبتة فى البناء والباب المغصوب وثمر الشجر قبل التأبير ، لا الزرع ونحوه كل ذلك تابع للأَرض ، وخرج بقوله لا تابع دون أَرض بيع البناء والشجر دون أَرضهما لأَنهما وإن كانا عقاراً ، إلا أَنهما تابعان للأَرض ، فلا شفعة فيهما ، إذا أَفْرِدا عنها بالبيع لشبههما بالمنقول ، فلو باعهما مع المغرس والآس فقط ، لأَن المغرس والآس تابعان للبناءِ والشجر ، والشرط أَن يكون الشجر والبناء تابعَيْن للأَرض ، وسواء كان البناء سفلا

---

(1) الشفعة لغة الضم وقيل ضم نصيب إلى نصيب ، وشرعاً حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بمعاوضة ، ولا ستثنائها من أخذ مال الغير قهراً ، ذكرت عقب الغصب ، والمعنى فيها دفع ضرر القسمة واستحداث المرافق ، كالمصعد والمنور والبالوعة فى الحصة الصائرة إليه فليست تعبدية وأصلها قبل الإجماع خبر البخارى عن جابر رضى الله تعالى عنه « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم . بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفى رواية له « فى أرض أو ربع أو حائط » والربع المنزل والحائط البستان ، وأركانها ثلاثة آخذ ومأخوذ ومأخوذ منه وزاد بعضهم الصيغة فلا يصح التملك ألا بها ولكل منها شروط ذكرها المؤلف : وبدأ بالمأخوذ فقال الشفعة فى أرض الخ /ف وحديث البخارى المذكور عن جابر ح ٣ ص ٥٩ بلوغ المرام .

أَو علواً بسقفه لا تقع الشفعة عليه ، واستغنى بذلك من تقييد العقار بالثابت ، لأَن ما بيع مع أَرضه فهو ثابت ، ولو كان السفل بينهما أَو لأَحدهما العلوى خاصة فباعه مع نصيبه من السفل شفع الشريك فى السفل فقط ، وفى قول : مع نصف العلو أَيضاً ، واحترز بقوله : منقسم قهراً ، عما إذا اشترى شِقْصاً من حَمَّام صغير وطاحونة وبئر لا يمكن قسمتها حمامين وطاحونين وبئرين ، لأَن الشفعة ، إنما تجوز على الشريك الطارئ خوفاً منه أَن يلحق إلى قسمة المشترك ، وقسمة هذه لا تجوز إلا بتراض ولا يُجبر ، وإن انتفع به مقسوماً فى شئ آخر للتفاوت بين أَجناس المنافع ولو كان هذا المنقسم ممراً والمراد به الممر المشترك فى درب غير نافذ، وباع بعض أَهل الدرب بيْتاً لم يكن مشتركاً فلشُرَكائِه أَن يشفعوا فى الممر فقط ، وذلك إذا كان له بدل منه بأَن وجد طريقاً غيره ، أَو أَمكن أَن يفتح إلى الشارع طريقاً ، أَو إلى درب له أُخرى ، فإن لم يمكن ذلك لم يكن لهم شفعة ، وفهم من قوله منقسم قهراً، أَنه لو كان نصيب أَحد الشريكين يسيراً كعُشْرِ دارٍ صغيرة ، فباع صاحب الأَكثر نصيبه ثبت لصاحب اليسير الشفعة ، ولو باع صاحب اليسير لم يثبت لصاحب الكثير الشفعة على المشترى ، لأَنه آمِنٌ أَنْ تُكَلِّفُه القسمة ، وإنما تثبت الشفعة للشريك ، ولا تثبت للجار ومثل بالوارث إذا شفع على من باع عليه قريبه المريض وحاباه لئلا يتوهم أَن هذا يؤدِّى إلى أَن تكون المحاباة مع الوارث إذ محاباة الوارث وصية له لكنها هنا مع غير الوارث ، وللأَب والجد إذا باعا للطفل عقاراً

لهما ، شركة ، أَن يشفعا وكذلك فيما إذا اشترياه له ، لأَنهما غير متهمين ، وليس للوصى أَن يشفع فيما إذا باع للطفل لأَنه متهم فيه لكن فيما إذا اشتراه له لعدم التهمة وإنما تثبت الشفعة للشريك إذا تقدم ملكه على ملك شريكه أَو تأَخر عنه ، ولكن تقدم تملكه وذلك إذا اشترى زيد شقصاً بشرط الخيار ، ثم اشترى عمرو الباقى فى مدة الخيار على البت ، لم يثبت لعمرو على زيد وإن تقدم ملكه ، بل يوقف ، فإن أُجيز البيع ثبت لزيد على عمرو ، ولو اشترياه مَعاً لم ، يثبت بينهما شفعة لأَن ملك أَحدهما لم يتقدم فيشفع بشرط أَن يكون ملكه معاوضة ، فلا شفعة فى موروث وموهوب وموصى به ، لأَن الشفعة موضوعة به على الأَخذ بما يَمْلك ، والشريك ملك ها هُنا بطريق لا يمكن الأَخذ به فيها ، لأَن الوارث ملك بالإِرث ، ومِلْكُ الشفيع بمثله متعذر ، والمهَب والموصى له ملكا لتحمل المنّة ، ولا يمكنه أَن يأخذ المِنَّة قهراً منهما ، ولو أَخذ عن نجم مكاتب سقط شِقْصاً عن عقار عوضاً يثبت فيه الشفعة ، فلو رَقَّ المكاتب ولم يعتق تبينا فساد المعاوضة فتبطل الشفعة لفساد الشقص ، وكذلك لو وَصَّى لمستولدته أَو لغيرها بشقْصٍ إذا خدمت أَولاده مدة ففعلت ملكت الشقص ولم يثبت فيه الشفعة ، لأَن هذا وصيته بشرط المعاوضة ، ولهذا تعتبر كلها من الثلث وقوله فى الحاوى : الشفعة[1] فى عقار ثابت إلى قوله المستولدته ، فيه أُمور :

---

(١) وفى ح « الشفعة فى عقار ثابت لا علو فقط منقسم بتابعه كالممر إن وجد آخر أو أمكن الشارع فتحه للشريك كوارث مريض باع غبناً والولى لا الوصى فيما باع ممن طرأ ملكه بمعاوضة ، لا عوض نجم مكاتب رق والموصى للمستولدة » .

أَحدها قوله فى عقار ثابت ، اعترض الرافعى على من قيد العقار بالثابت ، وقال : لك أَن تقول أَن اسم العقار لا يخلو أَن يقع على الأَبنية مع قطع النظر عن الأَرض ، أَو لا يقع كان الضابط المذكور مساوياً للأَبنية وحدها ، فلتكن مأخوذة بالشفعة ، وإِن لم يقع خرج به ما احترز عنه بهذا القيد ، وهو ما إِذا باع العلو المشترك دون السَفْل ، فلا حاجة إِلى هذا القَيْد انتهى ، قلت : وهو على أَنه منصوص بما إذا اشْتُرِىَ بُنْيَان مع أَبنيته الشجر مع مغرسه دون باقى الأَرض ، فإِنه عقار ثابت فلا تصح فيه الشفعة .

الثانى : قوله : إِن وجد آخر وأَمكن الشارح صحة هذا التأويل ، وهذا التحول فى العبارة ، فلو اقتصر قوله إِن وجد آخر كفى ، أَو قال وأَمكن غيره .

الثالث : أَنه ترك شرطاً وهو كونه ينقسم قسمة إِجبار ، إِما بالتراب كالْحمَّام الصغير ، وما أَشبهه ينقسم بالتراضى .

الرابع : قوله : والولى لا الوصى ، يطلق على كل من له ولاية على الطفل ، فقولهم ، يجوز للولى أَن يشترى العقار ، وعلى الولى أَن يتصرف بالغبطة ، يعنون به ، الأَب والجد والوصى ، والقيم والحاكم ، وإِذا أَردوا تخصيص بعضهم ، قالوا الأَب والجد والوصى والحاكم ، وقد أَطلق الولى هنا وأَراد به الأَب والجد ، واستثنى الوصى وحده والقيم والحاكم مثله .

الخامس : قوله : ممن طرأ ملكه على ملكه فيه تسامح لأنه على الحقيقة ، إنما طرأ على محل ملك شريكه.

السادس : قوله ملكه على ملكه ، لا يشترط تقدم الملك بل يكفي تقدم التمليك بدليل قوله فى الحاوى[1] : بعد ولو فيهم المشترى بقدر الملك ، وأن تَعدد بعد ، فلو باع أَحد الشريكين بشرط الخيار لهما ، فإن الملك يكون موقوفاً ، ثم لو باع للآخر بناء فى مدة الخيار ، ثم أَمضى العقد الأَول ، كانت الشفعة بمن يملك أَوّلا على من ملك أَوّلا ، وهو المشترى بلا خيار ، وإن كان الخيار للمشترى ، فالملك على الصحيح له ، فله أَن يشفع على الثانى فى مدة الخيار ، وكذا البائع إن كان الخيار له فإن شفع المشترى أَو البائع ، حيث كان الملك له ، ولم تبطل شفعة المشترى انفسخ ، ولا البائع إن أَمضى العقد فلو فسخ المشترى غير عالم أَن له الشفعة ، لم يكن له أَن يشفع على الأَصح ، كمن باع نصيبه غير عالم بالشفعة .

السابع : قوله : والموصى به للمستولدة ، إن خدمت الولد ، ليست المستولدة شرطاً بل لو أَوصى للأَجنبي إن عمل عملا فهو حكمه .

وقوله : (وأَخَذَ كلٌّ شريكٍ ، ولو مشترياً بقدر ملكه) .

---

(١) وفى ح « وللشركاء ولو فيهم المشترى بقدر الملك وإن تعدد بعد » .

أى : والشفعة للشركاء على قدر الحصص ، لا على قدر الرءُوس ، فإن كانوا ثلاثة ، لأَحدهم النصف وللآخر الثلث ، وللثالث السدس ، فباع صاحب النصف نصيبه أَخذ صاحب الثلث من الشقص[1] مثلى ما يأخذه صاحب السدس ، سواء كان المشترى أَحدهما أَو أَجنبياً ، فإذا اشترى صاحب السدس نصيب صاحب النصف ، شفع صاحب الثلث فى ثلثى النصف ، وبقى للمشترى ثلثه ، بحق الشفعة فيصير لصاحب الثلث الثلثان ، ولصاحب السدس الثلث .

وقوله : (ولا يُفرّق شقصُ عَقْدٍ ، فتسقط بعَفْوٍ عن بعْضٍ ، فإن عُفِىَ عَنْ واحِدٍ ، أَخَذَ الأَجْرُ الكلَّ ، كحاضرٍ لم يصبر ثم مَنْ حَضَر ، أَخذ بحصته ، أَو شَارَكَ ولو واحداً بلا ريع) .

أَى : لا يفرق فى الأَخْذِ بالشفعة شقص بيع فى عقد واحد بل إما أَنْ يأخذ الكل أَو يترك لما فى الشفعة من الإِضرار بالمشترى ، فإنْ عفا عن بعض حقه من الشفعة سقط الكل على الأَصح ، فإن استحق الشفعة شريكان فعفا واحد ، وجب أَن يأخذ الآخر فليس له أَن يأخذ حصته منه ، ويُشَاركه ، فإن أَخذ حصته وجاء الثالث ، حصته عند الأَول فله أَن يأخذها منه ، وله أَن يشارك كل واحد ، فيأخذ من كل ثلث ما معه ، وله أَن يأخذ من الثانى الثلث ويضمه إلى ما مع الأَول ثم يقسمانه ، وله أَن يقتصر على الذى أَخَذَه من

---

(١) الشقص القدر المباع الذى تثبت فيه الشفعة للشركاء ومثاله واضح /م .

الثانى ، لأن الثالث يقول كل جزء مشترك بيننا ، فلا يَخْتَصُّ حتى فيما بقى لى ، وما حصل من فوائد المشفوع لا يشارك فيه الأخذ منه إلا ما تبع المبيع من الثمر قبل التأبير كما سبق بيانه ، وقوله فى الحاوى : فإن عَفَا واحد أخذ الآخر الكل ، كالحاضر ثم شاطره الثانى وأخذ الثلث لا فيما حصل له من فوائده ، وعهدته عليه ثم قاسمهما الثالث ، فيه أمران ، اعترض بهما الْقُونَوِى :

أحدهما تقديم قوله : لا فيما حصل له من فوائده ، كان ينبغى أن يؤخره بعد قوله وقاسمهما ؛ لأن تقديمه يوهم اختصاص الثانى بذلك .

الثانى قوله : أنه لو حضر الثالث ، وأراد أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده ويعرض للثانى فله ذلك ، قال : وهذا قد لا يظهر بتأول قول المصنف ثم قاسمهما الثالث .

وقوله : (والعهدة على المأخوذ منه)

أى : والعهدة فيما يأخذه كل واحد على من أخذ منه فإذا خرج مستحقاً رجع الأول على المشترى والثانى على الأول ليَسْتَرد مِنْه ما أعطاه ، والثالث عليهما أو على الأول بحسب ما أخذه .

وقوله : (وملكه وأن تهدم بنحو تملكت ، أخذت بالشفعة ، إن رضى ذمته ، ولا ربا ، أو قضى له ، أو سلَّم كالثمن أو قيمة متقوم ، يَوْم عَقْدِ ، كبضع ودم ، ومتْعة ونَجْمٍ) .

أى : ويملك الشفيع الشقص المشفوع فيه باللفظ ، كتملكت بالشفعة وأَخذت ، واختْرت الأَخذ بالشفعة ونحوه ، لا بقوله : أَنا مطالب بالشفعة ، ولا يكفى اللفظ وحده ، بل لابد من أَحد ثلاثة أَشياء :

أَحدها : إما أَن يرضى المشترى ذمة الشفيع ، ويمهله ، إلا إذا باع داراً عليها صفائح من ذهب أَو فضة أَو عكسه ، فإذن يشترط التقابض .

الثانى : قضاء القاضى له بالشفعة ، وذلك بأَن ثبت عنده باستحقاقها ، ثم يشفع له بها ؛ لأَن الشرع نزل الشفيع منزلة المشترى ، حتى كأَن العقد له ، إلا أَنه مخير بين الأَخذ والترك ، فإذا طلب وتأَكد طلبه بانقضاءِ وجَب أَن يحكم له بالملك .

الثالث : أَن يسلم مثل الثمن نقداً أَو غيره ، وتسلمه منه ويخلى بينه وبينه ، أَو يلزمه القاضى تسليمه ، ولا يجب عليه تسليم الشقص إذا ملك بأَحد الأَمرين الأَولين ، حتى يسلم إليه العوض ، سواء كان قد سَلّم إليه المبيع قبل تسليم الثمن أَو بعده ، فإن طالبه وعجز أُمْهِلَ ثلاثاً ثم يفسخ ، ويتقوم البضع والمتعة والنجم والدم ، وخصت بالذكر للتنبيه عليها ، فإن أَصدق زوجته شِقْصاً من دار اختَلعها بالشقص فعلى الشفيع أَن يسلم قيمة البضع للزوجة أَو الزوج ، وهو مهر مثلها يوم النكاح أَو البينونة ، ولو مَتَّعها شِقْصاً وجب على الشفيع متعة مثلها ، ولو بدل المكاتب عوض نجمه

أَخذ الشفيع بمثل النجم إن كان مثلياً ، أَو قيمته إن كان متقوماً ، وإن كان صَالَحَ من الدم عن شقص وجب قيمة الدم ، وهو الدّية ، وإنْ جعل الشقص رأْس مال فى السلم ، أَو أُجرة فى إجارة ، سلم الشفيع مثل المسلم فيه ، أَو مثل أُجْرَة المنفعة ، ثم إذا تهدمْ المشفوع فيه أَخذ النقص معه بالشفعة على الأَصح ، فإذا شفع والعرصة سالمة ، أَو أَجزاء البناء سالمة ، وإن تفرقت بهدم ، فإنه يتملك الجميع بكل الثمن أَو يترك .

وقوله : (أَوْ حِصَّتَهُ بلا خيارٍ إنْ بيع مَع غَيْرٍ ، أَو تلف جزء يُضْرِرُهُ) .

أَى : ويملك الشقص بتسليم مثل ثمنه ، أَو حصته ، إن بيع الشقص مع سواه ، سواء كان ذلك الغَيْر عقاراً أَو غيره من المنقولات كسَيْفٍ ونحوه ، ولو اشْتَرى فيه شقصاً فيه شفعة مع سيف أَو دار لا شفعة فيها ، فله أَن يشفع الشقص بحصته من الثمن ؛ فلا خيار للمشترى فى تبعيض منفعته ؛ لأَنه دخل عالماً بذلك ، وكذلك لو تلف من الشقص جزء يفرد بتقويم كالسَّقف دون البناء ، أَو البناء دون العرصة ، أَو بنفى شىء من العرصة . فإن له أَن يأْخذ الباقى بحصته من الثمن أَيضاً ، وإذا حصل عيب بلا هدم كشق الجدار فبكل الثمن قطعا فله ثلاث حالات :

الأُولى : أَن يتهدم الشقص أَو بعضه ، ولا يتلف شىء من الأَجزاء ، فيأْخذ الكل بالكل على الأَصح .

الثانى : أَن يتْلف شيء من الأَجزاءِ فيأْخذه بحصته على الأَصح

الثالث : أَن يتعيَّب بشق ونحوه من غير هدم ولا تلف فيأْخذه بالكل قطعاً ، وقوله فى الحاوى :[1] إنْ بيع مع. منقول ، قد يوهم تخصيص الحكم ببيعه مع المنقول دون العقار ، وهما سواء فقد نصوا على أَن من باع نصيبه من سَفْل مشترك مع علوه الخالص ، أَن الشفعة تختص بالمشترك على الأَصح فيأْخذ بالحصة .

وقوله : (ولو سلم مُسْتَحقاً ، أَو زيفا ، أَبدل ، وأَن تملُّكٍ به حدد) .

أَى : وأَشفع فى الشقص لمستحق أَو زيف ، فإِن قال أَخذت بالشفعة فى هذه الدراهم ، أَو تملكت الشقص بها ، فإِن جهل كونها مستحقة أَو زيفاً ، والزيف النحاس ، فهو على شفعته ، وكذا إِن علم على الأَصح ، وإِذا قلنا : هو على شفعته ، فهل تحتاج إِلى تَمَلُّكٍ جديد ؟ فيه وجهان : أَحدهما لا يحتاج ؛ لأَن الشفعة لا تستحق بمال معين ، والأَصح أَنها تحتاج إِليه ، فلو تملك مطلقاً ، ثم سلم المستحق أَو الزيف ، أَبدل ، ولم يحتج إِلى تجديد التملك ، وقيل : حكم المسأَلتين واحد ، قال النووى : والفرق ، وقد أَطلق فى الحاوى[2] أَنه يبدل ، فالأَصح أَنه يحتاج إِلى تجديد التملك إِن تملكه بعينه .

وقوله : (وَيَلْحَقُ حَطٌّ بِزَمَنِ خِيَارٍ أَوْ بِعَيْبٍ) .

---

(١) ح « وحصته إن باع مع منقول أو تعيب بما يفرد ولا خيار للتفريق » .

(٢) ح « وإن خرج مستحقاً أو زيفاً أبدل ولحقه حط زمن الخيار بالعيب » .

أى : إذا اشترى الشقص بثمن ، ثم حَطّ له فى مدة الخيار فهو بعد الحط كالمعقود له ، ولا يلزم الشفيع تسليم أكثر منه ، وكذلك إذا ظهر عيب بعد حدوث عيب وأخذ ، إن شاء حط من الثمن بقدره ، ولا أرش للحادث ، إن لم ينقص به العين وقد بيناه .

وقوله : (ولو شفَع والثمن عرض ، فرُد بعيبٍ فالشقص كتالف ، فعلى المشترى قيمته فقط ، وتفاوت القيمة لا رجوع به) .

أى : ولو شفع فى شقص بيع بثوب مثلا ، وقد بينا أن الشفعة تكون بقيمة هذا الثوب ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ، لم تنقص الشفعة ، ووجب على المشترى قيمة الشقص ، ولم يكن له رجوع على الشفيع إن زادت قيمة الشقص على قيمة القرض ، ولا للشفيع رجوع عليه ، إن نقصت قيمة الشقص عن قيمة القرض على الأصح ؛ لأن الشفيع قد ملك بالعوض المبذول .

وقوله : (ونُقِضَ تَصرُّفُه ، أَوْ شفع بثانى بَيْع) .

أى : [إن] بيع الشقص وتصرف المشترى صح تصرفه ، ثم إن علم الشفيع بعد ذلك فله نقض تصرف المشترى ليشفع عليه ، إنْ كان بَيْعاً ، وإن كان وقفاً أو هبة ونحوه فلا شفعة إلا بنقضه .

وقوله : (ومنع رده بخيار خصّه وبعيب ورجوع بائع بفلسٍ وعَيْب وَزَوْج بتشطيره) .

أى : ويمنع الشفيع المشترى من الرد بالخيار الذى ينفرد ؛ لأنه

حينئذ يكون المبيع على ملكه فى الأَصح ، والشفيع يملك نقض ملكه بعد استقراره ، فقَبْله أَولى ، وإن كان لهما أَو للبائع فالملك على الصحيح موقوف ، أَو للبائع ، فلا يمكن أَن يشفع عليه قبل انتقال الملك إليه ، وإذا وجد المشترى بالشقص عيباً ، وأَراد ردَّه فللشفيع منعه ، لأَنه قد استحق الشفعة فيه من حين ملكه المشترى ، بل للشفيع أَخذه بعد الرد بالعيب ؛ لأَن الرد بالعيب لا يرفع العقد من أَصله على الصحيح ؛ وأَيضاً فقد استدرك الظلامة بأَخذ الثمن منه ، ووصل المشترى إلى حقه ؛ ففيه جمع بين الحقين ، ويمنع أَيضاً البائع من الرجوع بفلس المشترى ، فإذا أَفلس مشترى الشقص ، وأَراد البائع الرجوع فيه فللشفيع منعه ؛ لأَن حقه سابق ثابت بالعقد ، وحق الرجوع يثبت بالفلس ، وإن وجد البائع بالثمن عيباً ، فردَّه وأَراد الرجوع إلى الشقص لم يكن له ذلك ؛ لتقدم حق الشفيع وتعلقه به ، فهو كما لو باعه المشترى ، ولو أَصْدقَها شِقْصًا ثم طلقها قبل الدخول ، وأَراد الرجوع إلى نصفه منع الشفيع ؛ لأَن حق الشفعة يثبت بالعقد ؛ وحق الرجوع يثبت بالطلاق .

وقوله : (وسقطت بجهل ثمن ونَفْى دعوى علمه بلا تقدير وَصَدَّق مشترٍ فى جهل شركة ، وثمن وفَّى قدره ، ونفى شراء) .

أَى : وتسقط الشفعة بجهل الثمن ؛ إذْ لا يمكن الأَخذ بمجهول ، وإن ادعى الشفيع أَن المشترى يعلمه لم تسمع هذه الدعوى ، فإن قدر ثمناً ، وادعى علمه به ، سمعت دعواه ، قال الأَصحاب : والحيلة أَن يعين الشفيع قدراً ثم يدعى ، فإن وافقه المشترى فَذَاك ، وإلا حلَّفه

على نَفْيه ، فإن حَلَف أعاد ثانياً ، وهكذا يفعل إلى أن ينكر المشترى ، فيستدل الشفيع بنكوله فيحلف ؛ لأَن اليمين قد يُسْنَد إلى علمه الظن والتخمين ؛ بدليل جواز الحلف على خَطِّ أَبيه ، وإن ادعى الشفيع استحقاق الشفعة عليه ، فادعى الجهل لكونه شريكا فالقول قوله ، ويحْلف بالله ما علمتك شريكا ، وكذلك إذا ادعى علمه بالثمن وقدره كما بيناه ، فأَجابه بأَنه لا يعلم قُبِل منه وحلف ، بخلاف ما إذا ادعى عليه أَلفاً فقال : لا أَعلم كم علىَّ ، فإن هذا الجواب لا يقبل ، والفرق أَن المدعَى هَا هُنَا هو الشْقص لا الثمن المجهول ، وإذا قال المشترى : اشتريت بكذا ، ولم يشتر فالقول قوله مع يمينه ، وقوله فى الحاوى[1] : والقول للمشترى فى الشركة والشراء ، وقدر الثمن ، وجهله ، فهو على الوضع المعروف لا يخفى ما فى توجيهه ، وقوله : إن قدر من التعسف ، ولا ما فى قوله : وسقط من الغموض .

وقوله : (فإن أَقرَّ البائع أُخِذَ منه وأَعطاه ، لا إن قال قَبَضْتُ)

أَى : فإن أَنكر المشترى الشراء ، وأَقر البائع أَنه باع منه أَخذ الشقص منه ، وسلم إليه الثمن ، وكانت عهدته على البائع ، فإن قال : قبضت الثمن ، لم يسلم إليه ، بل يبقى عنده كما فيمن أَقر بمن كذبه .

وقوله : (وَبِخَبَرِ ثِقَةٍ[2] بادر بالطلب[3] كالعادة أَو نائبه بعد

---

(١) وفى ح « والقول للمشترى فى الشركة والشراء ، وقدر الثمن وجهله إن قدر ، وتسقط ، ولاتسمع دعوى العلم ، وإن أقر البائع بالبيع سلم إليه » .

(٢) أى مقبول رواية ، ولو عبداً أو إمرأة ، أى بسبب إخباره الشفيع ، أن شريكه باع / ف .

(٣) أى لزوماً بأن يقول أنا أطالب بها أو نحوه ، وتعتبر المبادرة بعد العلم / ف .

أَكل وصلاة حضرٍ ، ثم أَشهد وعذر إن سلم ، ودعا ببركة وبحث عن ثمنٍ ، لا فى اشتريت رخيصاً) .

ويجب على الشفيع المبادرة على الطلب إذا علم ؛ لقوله[1] صلى الله عليه وسلم: « الشفعة كحل العقال » ، ويكفيه أَن يخبره ثقة ، ومن تقبل روايته ، من حر وعبد وامرأَة ، فإِن أَخبره ثقة لم يَصدُق لم يُعْذر ، بخلاف ما إذا أَخبره فاسق ، لكنه إذا صدق الفاسق ، وتوانى ، سقطت شفعته ، واعلم أَن الأَعذار على ضربين : ما يطول كالمرض والخوف والحبس ، ففى هذه الأَحوال يوكل من يطلب إن وجد ، فإِن لم يفعل بطلت الشفعة فى الباطن ، ولو كان غائباً فعلم بادر بالخروج هو أَو وكيله ، ولا يؤخر إلا لخوف أَو حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ مفرطين ، والضرب الثانى : ما يزول سريعاً بأن كان مشغولا بصلاة أَو طعام أَو قضاء حاجة أَو فى حمام ، فله الإِتمام ، ولا يكلف قطع ذلك ، وإن كانت الصلاة نفلا ، بل لو دخل وقت النفل والأَكل وقضاء الحاجة ، فله أَن يشتغل بها ، فإِذا فرغ طَالَب بالشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة ، والاقتصار على ما يجزئ ، فإِذا لقى المشترى فلا يلزمه أَن يكون نطقه أَول ما يلقاه بالشفعة ، بل لو قال: السلام عليكم ، وبحث عن الثمن لم يضر ، وكذلك لو دعا له بالبركة ، فقال : بارك الله لك فى صفقة يمينك ؛ لأَنه قد يدعو له ؛ ليأخذه بصفقة

---

(١) روى هذا الحديث ابن حزم عن ابن عمر أيضاً بلفظ « الشفعة كحل العقال ، فإن قيدها مكانه ثبت حقه ، وإلا فاللوم عليه » . وذكره عبد الحق فى الأحكام عنه ، ورواه ابن ماجة والبزار من حديث ابن عمر بلفظ « الشفعة كحل العقال » ص ٦١ حـ ٣ بلوغ المرام ، ومعنى ذلك أنها تفوت عند عدم المبادرة بطلبها كما يفوت البعير الشرود إذا أحل عقاله ولم يبتدر إليه /م .

مباركة ، ولو [كان] بحثه عن الثمن بعد ما علم به فلا بأس ؛ لأَنه قد يريد أَن يقر عنده ؛ حتى لا ينازعه ، ولو أَتى بفضول لا حاجة إِليه كقوله : اشتريت رخيصاً ، ونحوه ، لم يكن له أَن يشفع بعد ذلك ، وإِذا عجز عن المبادرة إِلى الطلب بنفسه أَو وكيله أَشهد على الشفعَةِ ، وتلفظ بالتملك ، ولو رفع إِلى الحاكم الأَمر ، وترك مطالبة المشترى مع حضوره ، جاز ، كما فى الربا بالعيب ، ولا يكفيه الإِشهاد مع القدرة عليها .

وقـوله : (وسقطت بترك مقدور كتوكيل ، ولو بـأَجْر ، لا لغَيْبَة شريك وتأجيل ، وكَذِب بزيادة ، ونوعٍ ومشترٍ وقدرِ مبيع ، لِغَرَضٍ ، وبإِزالة مِلْكِه ، لا بَعْضٍ إِن جهل) .

أَى : وتسقط شفعته إِذا ترك ما يقدر عليه من المبادرة بنفسه ، أَو بوكيله ، أَو الرفع إِلى الحاكم ، ثم الإِشهاد عند العجز ؛ لأَن السكوت مشعر بالرِّضى ، ولو وجد وكيلا بأُجرة المثل ، وبتحمل منه ، ولم يوكله ، فمقصر ، فإِن أَخَّر لغيبة شريك فى الشفعة فمعذور فى الأَصح ؛ لأَنه إِذا أَخذ الجميع متعرض لأَنه يأخذ منه بعضه ، وكذلك إِذا كان الثمن مؤجلا كان له التأخير ؛ لأَنه ليس له أَن يأخذ بأَلف مؤجل لاختلاف الذمم ، فقد لا يرضى ذمته ، ولا عليه أَن يأخذ بأَلف حَالٍّ ؛ لما فيه من الإِجحاف ، فإِن رضى وعجل فله الأَخذ ، ويعذر فى التأخير إِن كذب عليه المخبر فزاد فى الثمن ، فقال : اشتراه بأَلْفَيْن ، وكان الشراءُ بأَلف ، أَو حَبْس الثمن أَو نوعه ، كأَن قال : اشتراه بدنانير ،

والشراءُ بدراهم ، أو بقاسانية[1] ، والشراءُ بسابورية[2] ؛ لأنه قد يعجز عن أحدهما ، ويقدر على تحصيل الآخر ، وكذا فى قدر المبيع ، بأن قال : باع كله ، والمبيع نصفه أو عكسه ؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكل دون البعض ، أو يرغب فى الكل دون البعض ، وليس الكذب عذراً على الإطلاق ، بل يكون عذرا حيث يكون له فى القدر المكذوب فيه غرض ، أما إذا قال : باع كله بألف ، فبان أنه باع نصفه بألف ، أو اشترى بألف ، فبان أنه اشترى بألفين لم يكن عذراً ؛ لأنه إذا لم يرغب فى كله بألف ، فلأن يرغب فى نِصْفِهِ بألف أولى ، وكذا إذا كذب عليه بالمشترِى بأن قال : اشتراه زيد فبان عمراً ، أو بان وَلَد زَيْدٍ أو وكيله ؛ لأنه قد يرغب فى مشاركة شخص دون شخص ، وتسقط الشفعة بإزالة ملك الشفيع ، فبأن باع الشريكُ فباع شريكُه مِلْكَه ، أو وهبه عالماً بالشفعة بطلت شفعته ، وكذا إذا كان جاهلا على الأصح ، وإن باع أو وهب بعض ملكه ، نظرت ، فإن كان عالماً ببيع شريكه بطلت شفعته ، وإن كان جاهلا فلا ، على الأصح ، وقوله فى الحاوى[3] : أو كذَب فى جنْسه إلى قوله أو بعضه ، ولو كان جاهلا بطل فيه أمور :

أحدها : اقتصاره على الجنس فى قوله أو كذب فى جنسه ، مقتضاه

---

(١) عملة تنسب إلى قاسان بالسين المهملة وآخره نون وأهلها يقولون ساسان ، كانت عامرة آهلة كثيرة الخيرات واسعة الساجات فى حدود بلاد الترك خربت الآن / م .

(٢) عملة تنسب إلى سابور ، كورة من كور فارس ومدينتها شهرستان كالدرهم العربى والإسلامى يتعامل بها الناس /م .

(٣) وفى ح « أو كذب فى جنسه أو زاد وفى قدر المبيع أو فى المشترى بالعادة بنفسه أو نائبه وإن أتم النقل والأكل واشتغل بها وقتها وسلم ودعا بالبركة وبحث عن الثمن لا إن قال اشتريت رخيصاً ثم أشهد وإن ترك المعذور توكيلا فيه مؤنة أو ثقل منه ، أو باع ملكه أو وهب أو بعضه ولو كان جاهلا بطل » .

أَن الكذب فى النوع لا يؤثر ، وحكمهما واحد ، كما فى العزيز والروضة ، ولو قال : فى نوعه لدخل الجنس بطريق الأَولى .

الثانى : قوله : أَنه لو أَخره ، بأَنه اشتراه كله بأَلف فبان أَنه اشترى بعضه بالأَلف أَنه لا يعد عذراً ، لأَنه لا غرض لمن كره شراء كل شيء بأَلف فى شراءٍ بعضه بالأَلف .

الثالث : قوله : لا توكيلا فيه مُؤْنة أَو ثِقَلُ مِنّه ، وهنا وجه ، والأَصح فى الروضة والعزيز أَنها تبطل بتركه ، فإِن وجد وكيلا بأَجرة المثل يتحمل عنه وأَخَّر الطلب عنه بطلت شفعته .

الرابع : قوله : أَو بعضه ، الأَصح من زوائد الروضة أَنه إِذا أَزال ملكه جاهِلا لا يسقط ؛ لبقاء العلقةِ .

وقوله : (ولا إِن صالح عنها أَو قاسم بجهل[1] ، وبَقِى له زرعه بالأَجر ، أَو كعارية بناؤه) .

أَى : ولا إِن صالح عن الشفعة على مال جاهلا ؛ فإِن الشفعة لا تبطل على الأَصح ، فمن صالح جاهلا عن الرد بالعيب على شيء ، فإِنه لا يصح ، ولا يبطل الرد على الأَصح ، وإِذا علم باستحقاق الشفعة بعد أَن قاسم بقية الشفعة مع صحة القسمة نص عليه الشافعى ، واعترض المزنى ، وقال : القسمة تتضمن الرضا من الشفيع ، وإِذا

---

(١) أى مع جهل الشفيع حال المقاسمة ، بأن له الشفعة لعذره ، والقسمة صحيحة ، ويتصور ثبوتها بعدها مع تضمنها غالباً رضى الشفيع ، بتملك المشترى ، بأن ظهر أنه هبة ، مثلا ، أو بثمن كثير ، ثم ظهر أنه بيع ، أو بثمن قليل /ف .

رضى بتملك المشترى بطلت شفعته ، فكيف يتصور صحة القسمة مع بقاء الشفعة ؟ وأيضاً فالشركة تقطع القسمة ، فكيف يشفع ؟ وقُدِّرا جارَيْن ؟فأَجاب الأَصحاب عن الأَول بـأَجوبة :

منها : أَن يقول المخبر تهب أَو أَشترى بـأَلف فيعفو أَو يقاسم ، ثم يتبين أَن العقد معاوضة ، أَو الشراء بدون الأَلف ، فإن له أَن يشفع .

الثانى : أَن يظنه وكيل البائع ، فيقاسمه .

الثالث : أَن يوكل فى غيبته من يقاسمه شركاؤه ، فيقاسم الوكيل فى غيبته .

الرابع : أَن يوكل من يأخذ له الأَشقاص[1] التى فيها الغبطة ، ويقاسم حيث لا غبطة ، فبان أَنه قاسم وثم غبطة ، وفى هذه المسائل تصح القسمة ، ويستحق الشفعة بعدها .

والجواب عن الثانى : وهو صحة الشفعة بعد القسمة ، أَن القسمة إنما تمنع الشفعة ، إذا كانت قبل البيع المستحق به الشفعة ، أَما إذا استحق الشفعة قبل القسمة فلا تبطلها القسمة الطارئة مع الجهل ، وليست كبيع الشقص ، والفرق أَن الجوار نوع اتصال ؛ ولهذا اختلف فى الشفعة ، ثم إذا وجد بالشفعة بعد القسمة ، وقد زرع المشترى زرعاً بقى له الشفيع إلى الحصاد بلا أَجرة ، لأَن

---

(١) جمع شقص والشقص الطائفة من الشىء .

مدته قريبة بل تأخيره الأَخذ بالشفعة إلى حصاده ، ذكره فى الروضة ، أَما بناؤه وغراسه ، إذا بنى بعد القسمة أَو غرس ، فحكمه حكم العارية ، وقد سبق بيانه ، وإنما قدرناه بعد القسمة ، لا زرعه وبناؤه قبلها ، بلا إذن وغصب يقلع .

القراض

وقــوله : (باب : القراض[1] توكيل بإيجاب ، كقارضت ، ضاربت ، عاملت ، وقبولٍ فى خَالِصِ نَقْدٍ مَعْلُومِ الْقَدْرِ ، عُيِّن ثَمَّ فى تجارةٍ ، بِيَدِ الْعَامِلِ ، وبَطَل بتوقيت غَيرِ اشتراء) .

أَى : القرض توكيل من رب المال ، وتوكل من العامل فى شيء خالص ، وهو التجارة ، فيشترط فى المالك أَهلية التوكيل ، وفى العامل أَهلية التوكل فيقارض الولى للطفل ، كما يوكل له .

وللقراض أَركان : منها : الصيغة كسائر العقود ، وإذا قال قارضتك ، أَو عاملتك ، أَو ضاربتك على أَن الربح بيننا نصفان ، كان ذلك إيجاباً صحيحاً ، ويشترط القبول فوراً ، كسائر العقود ، ولا يكفى اللفظ من جانب

---

(١) القراض مشتق من القرض وهو القطع ، وسمى بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح ، ويسمى أيضاً مضاربةومقارضة ، وشرعا : عقد يتضمن دفع المال الآتى لآخر ليتجر فيه والربح بينهما ، وابتداؤه يشبه الوكالة بالجعل ، وانتهاؤه يشبه الجعالة ، بناء على الأصح أنه يملك حصته بالقسمة والمغلب فيه الشبه الأول /ف . والأصل فيه الإجماع والحاجة ، واحتج له الماوردى بقوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » آية ١٩٨ من سورة البقرة ، وبأنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضى الله تعالى عنها بمالها إلى الشام ، وأنفذت معه عبدها ميسرة ، وأركانه ستة : مالك ، وعمل ، وعامل ، وربح ، وصيغة ، ومال ، وكلها مذكورة فى كلام المؤلف بشروط كل ، ومحترز كل شرط منها ، /م .

كما فى الوكالة ؛ لأَن القراض معاوضة ولا يصح إلا فى نقد[1] ، وهذا من جملة أَركانه ، والنقد هو المضروب من الذهب والفضة ، ولا يصح فى التبر منهما ، ولا فى الفلوس ؛ لأَن القراض غرر ، وإنما جوز للحاجة ، فاختص بما يروج بكل حال ، ويسهل التجارة به ، ويشترط أَن يكون خالصاً ، فلا يصح على المغشوش كذلك ، وأَن يكون معلوم القدر ، فلو قارضه على صبرة مجهولة لم يصح ؛ للحاجة إلى معرفة قدره عند القسمة ، ويشترط أَن يعين فى المجلس ، وإليه الإشارة بقوله : عُيِّن ثَمّ ، وقيل : لابد من تعيينه فى العقد ، فلو قارضه على أَحد هذين الكيسين لم يصح ، ولا يصح ما فى الذمة[2] ، بل لو قال له : اعزل قدْر دَينى عليك فعزله ، ثم قارضه عليه لم يصح ؛ لأَنه لم يملكه ، ولو قارضه على دراهم وديعة عند غيره صح ، ولو أَعطاه أَرضاً ليبيعها ويقارضه على ثمنها لم يصح ؛ للجهالة والتعليق والقراض لا يكون إلا فى التجارة ، وهى أَحد أَركانه ، فلو قارضه على أَن يشترى بدراهم حنطة ويطحنها ويخبزها ويبيعها لم يصح ؛ لأَن القراض إنما هو فيما لا يمكن الاستئجار عليه ، وهذا ينضبط ، فطريقه فيها الاستئجار ، وكذا لو قارضه على أَن يشترى للعامل بالدراهم نخلا ليستغله والربح بينهما لم يصح ؛ لأَن هذه فوائد غير ماله ، وليست خالصة بتصرف العامل ، ويشترط أَن تكون التجارة بيد العامل ، فإن شرط أَن تكون فى يد المالك ، أَو فى يد أَمين ، وهو يتصرف عند الحاجة لم يجز

---

(١) شروط المال فى القراض وهو الركن السادس /م .

(٢) أى من شروط القراض أن يكون عينا فلا يصح فى الدين كما قال الشارح ولا يصح على ما فى الذمة بل لو . . الخ وعلل ذلك بقوله بعد لأنه لم يملكه / م .

لأَنه قد لا يجده عند الحاجة ، فيؤدى إلى التضييق عليه ولا يجوز تقدير مدة القراض ، بخلاف المساقاة ، والفرق أَن المقصود من المساقاة الثمرة ، ووقتها[1] معلوم ، يضبط بالمدة ، والمقصود من القراض الربح ، ووقته مجهول ، فلو قال قارضتك إلى سنة ولا تتصرف بعدها لم يصح القراض ؛ لأَنه قد لا يجد فى هذه المدة راغباً فيتعذر الربح ، فإن قال : ولا تشتر بعْدَها جاز ؛ لأَن المالك متمكن من منعه الشراء فى كل حال ، وإن قال : لا تبع بعدها فسد العقد ؛ لأَنه قد يكون عنده عروض بعد انقضاءِ السنة ، وقضية القراض أَن ينضض[2] العامل ما فى يده ، فالمنع من البيع بعدها مخالف لمقتضى العقد ، ولا يصح تعليق القراض ، وسكت عن ذكره ، استغناء بما ذكر فى الوكالة ، لأَن القراض توكيل ، وقوله فى الحاوى : فى خالص نقد مضروب معين فيه أَمران :

أَحدهما قوله : نقد مضروب ، هذا القيد لا حاجة إليه ؛ لأَن النقد لا يطلق إلا على المضروب قال فى العزيز ، والروضة : الأَول أَن يكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير المضروبة ، ففسره بأَنه المضروب كما ترى .

الثانى : معين ، ظاهره اشتراط التعيين فى العقد ، وهو ما قاله

---

(١) يريد أن القرض لايصح تقديره بمدة لأنالمقصود به الربح وقد لايحصل فى المدة المضروبة بخلاف المساقاة فيجوز فيها التقدير بالمدة لأن مقصود المساقاة الثمرة والثمرة ، لها وقت معين ومدة معينة تنضج فيهالذاصح تقديرها بالمدة ، /م .

(٢) النضوض رجوع مال القراض إلى دراهم ودنانير وعودته إلى العملة التى أقرضها للعامل /م .

صاحب التهذيب ، والذى رجحه الرَّافعى فى الشرح الصغير ، ونقله فى العزيز والروضة عن الإمام القاضى أَنه يجزئ التعيين فى المجلس ، كما فى السلم والصرف .

وقوله : (وفى نَادِرٍ ، وحِرْفةٍ ومع شخصٍ مُعَيّنٍ ، وبَعمَل مالكٍ لا عبْده تبعا) .

أى : ويبطل القراض بتوقيت ، وفى شىء معين يندر وجوده كالخيل البلق ؛ والخَزّ الأَدكن ، والياقوت الأَحمر ، والصيد حيث يَعِزُّ وجوده ؛ لأَن الشرط أَن لا يضيق على العامل ، فلو : قال لا تَشْتر إلا هذه السلعة لم يجز ؛ لأَنه يندر بقاؤها ، ففيه تضييق عليه ، أَو لا تشتر هذه السلعة لم يضر ، وإن عين ما لا يندر مما يوجد شتاء وصيفاً كالحبوب والحيوان ، والخز والقز صح ، وكذلك إن كان مما لا يدوم ، كالفواكه الرطبة ، وإن كان فى القراض معنى التوقيت ؛ لإمكان التجارة فيها ، ما دامت موجودة ، وإذا انقطعت ولم يبق فى البلد منها شىء . ولا يصح فى حرفة ، كقارضتك بهذه الدنانير لتشترى به قطناً فتغزله ، أَو غزلا فتنسجه ، وكذلك إذا عين له شخصاً ، وقال له : لا تعامل سواه فإن هذا تضييق عظيم ، سواء كان المطلوب لا ينقطع عنه أَو لا ، فإذا أَذن له فى التجارة فى الْبَزِّ تصرف فى كل ما يلبس من الإبريسم والقطن والكتان والصوف دون البسط ، وكذا الأَكسية على ما صححه النووى وإن كانت ملبوسة ، لأَن بائعها لا يسمى بزازاً ، ولو شرط أَن يعمل له المالك لم يصح ؛ لأَن ذلك

يمنع استقلال العامل ، ولو شرط معه عبد المالك جاز ؛ لأَن العبد مال يدخل تحتْ اليد ، فإذا دفعه إليه فقد جعله معيناً وخادماً للعامل ، إلا إن صرح بالحجر عليه من التصرف دونه فإنه يفسد .

وقوله : (على أَن الربح بينهما مقدر بجزء ، كثمرة بمساقاة ، فإن شرط للعامل النصف وسكت جاز لا عكسه) .

أَى : وشرط أَن يكون ربح المال للمالك والعامل ، لا لغيرهما ، فإن شرط جزءاً منه لثالث بلا عمل لم يصح ، ويشترط أَن يكون الربح بينهما مقدراً ، وأَن يكون التقدير جزئياً ، فلو قال : على أَن ذلك بينهما أَو نَصيباً لم يجز ، لعدم التقدير . أَو على أَن لك مائة ؛ لعدم تقدير الجزء كما فى ثمر المساقاة ، وإنما شرط التقدير بالجزئية ؛ لأَن المعين قد يأْتى على أَن الربح كله ، ولو قال : على أَن الربح بيننا صح ، وحمل على النصف ، ولو قال المالك للعامل : على أَن لك النصف وسكت صح ، أَو على أَن لى النصف فسد ، والفرق أَن الربح تابع للمال ، فإذا قال : على أَن لك النصف ، علم أَنه قد أَخرج من ربح ماله النصف للعامل ، وبقى النصف له بحكم الأَصل ، وإن قال : على أَن لى النصف فليس فى كلامه ما يدل على أَنه جعل للعامل شيئا .

وقوله : (وله فى فَاسِدٍ أَجرُ مثل ، لا إنْ شُرطَ كله للمالك) .

أى : وإذا فسد القراض لاختلال شرط لم يبطل التصرف، بل يصح للإذن ، فإذا تصرف وربح فالربح كله للمالك ؛ لانه ربح ماله ، ويستحق العامل أَجرة المثل فيما عمل ، ويأْخذها سواء حصل ربح أَم لا ، نعم إنْ شُرِطَ الربح كله للمالك لم يستحق شيئاً ؛ لأَنه عمل غير طامع بشيء فى عمله ، واعلم أَن الأَصحاب ذكروا فى التوكيل أَنه وإن صح تصرفه فلا يجوز له الإقدام على التصرف إذا كان العقد فاسداً ، وخالفهم ابن الصباغ ، وعبارة [1] الحاوى هنا توافقه .

وقـوله : (وهو كوَكِيلِهِ ، لكن يأْخذ بالعَرَضِ[2] والمعيب ، ولا يشترى بعضه وزوْجَه كالمأْذون وباشْتِراط) .

أى : العامل كالوكيل فى أَنه لا يبيع بغبن ولا نسيئة ، ولا يشترى بغَبْن ، فإذا أَذِن له المالك فى بيع نسيئة أَشهد ، وإلا ضمن ، وإن باع حالا حُبس المبيع ، فإن أَذن له بالتسليم لم يلزمه الإشهاد ؛ لأَن الحال لا يُعتاد الإشهاد عليه ، لكن العامل يفارق الوكيل بأَن يبيع بالعرض ويشترى المعيب ، ولايجوز ذلك للوكيل ، ويشترى المعيب حيث غبطة ؛ لأَن الْغَرض الربح ، بخلاف الوكيل ، ولا يجوز شراء من يعتق على المالك كأَبيه ، ولا شراء زوجته إن كان رجلا ، ولا زوجها إن كانت امرأَة على الأَصح ؛ لأَنه ينفسخ به النكاح ،

---

(١) وفى ح « وإن فسدت تصرف بأجر المثل إن لم يشرط الكل للمالك ، وهو كالوكيل لا فى البيع بالعرض وشراء إبنه وزوجه » .

(٢) يقصد عروض التجارة .

والغرض من القراض الاسترباح ، إلا ما فيه ضرر ، ويجوز للوكيل أن يشترى من يعتق عليه ؛ لأنه أذن له فى شراء بصفات ، وقد اشتراه فما أمره ، فالمأذون له بالتجارة كالعامل ، سواء قال له : اتّجِرْ ، أو اشتر ؛ لأن تصرفه للربح ، إلا أن للعامل أن يرد المعيب . وإن لم يرض المالك رده بخلاف المأذون والوكيل ، والفرق أن له تعلقا بالربح ، وقوله فى الحاوى :[1] وهو كالوكيل إلى قوله : اتَّجر ، لا اشتر ، فيه أمران :

أحدهما : أنه علق القول بأنه كالوكيل ، الا فيما استثناه ، ولو لم يستثن اشتراء المعيب اقتضى أنه لا يجوز ، وهو جائز إذا اشتراه بقدر قيمته ، ورأى فيه مصلحة .

الثانى : أن التفريق بين اتّجِرْ واشْتَرِ شىء رواه الإمام على قول ، والذى فى العزيز والروضة أنه لا فرق عند الجمهور بين قوله : اشتر وبين قوله : اتَّجِر ؛ لأن الأصحاب نقلوا قولين فى اشتراء عبد المأذون لمن يعتق على سيده ، وأظهرهما البطلان ، وقال الإمام إن قال : اتّجر بطل ، وإن قال : اشْتَرِ فعلى القولين ، والأظهر فيهما البطلان ، وهو مخالف للمأذون له على الطريقين جميعا.

وقوله : (وإن أذن له فقارض ولم يَنْسَلخ ، أوليشاركه فسد ، وبلا إذْنٍ ، كغاصب له رِبْحُ ما عَقَدَ بذِمَّتِهِ ولعامله أَجْرُه)

---

(١) وفى ح « وهو كالوكيل لا فى البيع بالعرض وشراء ابنه وزوجته كالعبد قال اتجر لا اشتر » .

أَى : وإِذا أَقرض العامل غيره فلا يخلو أَن يفعل ذلك بإِذن أَو بلا إِذن ، فإِن فعله بإِذن نظرت ، فإِن انسلخ[1] من العين وصيَّر نفسه وكيلا للمالك فى معاملة الثانى صح ، وكان الربح بين المالك والعامل الثانى ، سواء اقتضى إِذْن المالك انسلاخه أَم أُطلق ، فإِن قارضه على أَن يكون ما شرط له بينهما فسد ، وإِن أَذن له المالك أَن يقارض كذلك ، وهو المراد بقوله : أَو ليشاركه فسد قراضه — وإِن لم يقارض على الأَصح — لأَن شرط هذه المعاملة أَن تكون من مالك لا عمل له وعامل لا ملك له وهذا يريد أَن يكون عاملا لا عمل له ، ولم يجز فللعامل عن المالك أَجرة المثل فى هذه الصورة ، والربح له ، ولا شىء للعامل الأَول ، وإِن قارضه بلا إِذن فهو كالغاصب ، فإِن تصرف العامل الثانى فبيعه بعين المال وشراؤه به باطل ، وإِن كان شراؤه فى الذمة وبيعه سلما ، فهل يكون العوض ملكاً للعامل الثانى لأَنه غاصب اشترى فى ذمته؟ أَم يقع للعامل الأَول ، لأَنه عقد له بإِذنه؟ وجهان : أَصحهما أَنه للعامل الأَول ، وللثانى عليه أَجرة المثل ، وجعل فى الحاوى[2] الحكم فى المسأَلتين واحدا ، وهو وهم ؛ فإِن المعروف أَنه إِذا أَذِنَ له فقارضه ، وشرط لنفسه جزءا ولم ينسلخ أَن العقد يفسد ، وللعامل أُجرة المثل على المالك ، والربح كله للمالك .

وقـوله : (وإِن رضى أَحدهما بمعيب فالأَصلح) .

---

(١) أى خرج العامل الأول من بين المالك والعامل الثانى وأصبح وكيلا للمالك يضمن إذن المالك ذلك أم لا / م .

(٢) وفى ح « وإن قارض بالإذن وانسلخ جاز وليكون شريكاً له بمقدار مما شرط أودون إذن فسد والربح له كالغاصب وللثانى فى الأجر عليه » .

أى : إذا اشترى العامل للقراض معيبا ، ثم علم وأراد رده ، وأراد المالك إمضاء العقد أو عكسه ، روعيت المصلحة ، فإذا كانت فى رَدِّه أجيب طلبه ، وإلا أجيب الآخر ؛ لأن العامل صاحب حق فى المال ، بخلاف الوكيل .

وقوله : (وإن سافر أو ركب بحراً بلا إذن ضَمِنَه وثَمَنه وإن عاد ، وصح بيعه بقيمته لا دون بلده وله ما شُرِطَ) .

أى : ولا يجوز له أن يسافر بمال القراض ، إلا بإذن ، فإن سافر أو ركب بحراً بلا إذن ضمنه وضمن ثمنه ، بخلاف الوكيل يتعدى فى السلعة بِلبْس أو عارية ، ثم يبيعها ، فإن الثمن لا يكون مضمونا عليه ؛ لأن التعدى كان فى غيره ، وها هنا التعدى فى السفر ، وهو شامل للثمن والمثمن ، فلا يسقط الضمان بعود إلى البلد ؛ لأن العود لا يسقط به ما وجب بالسفر ، فإن باعه بقيمته فى البلد الذى يسافر إليه نظرت ، فإن كان أكثر من ثمن المثل ببلده أو مساويه له صح ، وإن كانت دونه لم يصح ، ويُعْفى عما يتغابن الناس بمثله ، ولو باعهما بمثل قيمة بلده ، وهى دون قيمة البلد الذى يسافر إليه لم يصح ، وإذا صححنا بيعه فالقراض صحيح ، وله ما شرط له من الربح ؛ إذ الضمان لا ينافى صحة القراض ، كما لا ينافى صحة الوكالة ، وإن سافر بإذنه فله البيع بدون ثمن بلده ، إن كان له غرض فيه ، بأن كان لنقله مؤنة تَزِيد ، أو وُجد مُشْتَرٍ فيه غبطة ، وإن أذن له فى السفر مطلقاً لم يكن له أن يسافر فى البحْر حتى يأْذن فيه ، وقوله فى الحاوى :

وصح بيعه لا بدون ثمن البلد الأول لم يشترط الأمر مراعاة ثمن البلد الأول ، ولابد من مراعاة قيمة بلد البيع مع ذلك ، فإن استويا صح ، وإلا فأكثر القيمتيْن .

وقوله : (وعلى العامل نفقته ، وَنَشْرٌ وطيٌّ ، وحمل خفيف أو أَجْرُها) .

أى : وعلى العامل نفقة نفسه سفراً وحضراً ، إذْ قد لا يحصل إلا قدر النفقة فيخل بمقصود القراض ، وعليه ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كنشر الثياب وطيها وَذَرْعها ، وإدْرَاجِهَا فى مكان الحفظ ، وإخراجها وحمل ما خف من المال ووزنه ، كالمسك والفضة والذهب ، وعليه الأُجرة إن استأجر ، كما عليه أن يتولاه بنفسه .

وقوله : (وعلى المال أجر حمل ثقيل ، وكيلٍ ووزْنٍ لم يباشِرْه[1]) .

أى : وعلى المالك نقل مال القراض إذا أذن له فى السفر به ، وكذلك أجر حَمْلِ الشيء الثقيل من البيت إلى السوق وعكسه ، وأُجرة الكيال والوزان والحارس وما يأْخذه الرصدى[2] ، فإن فعله[3] بنفسه فهو متبرع به ، وَمَزيد اعتناء ؛ ليحصل الربح ولا يستحق به شيئاً .

---

(١) المالك أو العامل بنفسه أو رقيقه أو ابنه ، أما إذا باشر أحدهما مالا يلزم توليه ، فلا أجرة له لتبرعه /ف .

(٢) الرصدى هو الذى يقعد على الطريق ينتظر الناس ليأخذ شيئاً من أموالهم ظلما وعدواناً ، /م .

(٣) أى إن فعل ماسبق مما يتحمله المال من حمل الثقيل من وإلى السوق وعكسه وكال بنفسه ووزن وحرس إلخ بنفسه فهو متبرع وليس له أخذ الأجرة على ذلك ويعتبر مزيد عناية لحصول ربح وفير ولا يستحق شيئاً مقابل ذلك كما قاله الشارح /م .

وقـوله : (وملك بقسمة الربح ، لا رَيْعًا عَيْنياً ، ويقر بفسخ معها ، أَو نضوض ، أَو بإِتلاف مالك) .

أَى : ويملك العامل حصته من الربح بالقسمة ، وتستقر بعد فسخ القراض ، لا قبله ، سواء كان عرضاً رضى المالك بقسمته أَو نقداً ، ولو فسخ العقد والمال ماض ملك العامل حصته على الأَصح ، وإن لم يقسم كما ذكره فى العزيز والروضة ، وفى قول يملك حصته بالظهور ، إلا أَنه غير مستقر فلو طلب أَحدهما القسمة قبل فسخ القراض لم يجبر الآخر ، فإن تراضيا فى القسمة والعقد باق لم يستقر ملكه بل هو على حاله وقاية لرأْس المال ، ويستقر ملكه أَيضاً بإِتلاف المالك المال لِيُغَرَّمَ حِصَّةَ العامل ويكون الإتلاف بمثابة الاسترداد لو استرد الكل غرم حصة العامل وكذلك إذا تلف ، وإذا اشترى بالقراض نخيلا فأَثمرت ، أَو بهيمة فولدت ، أَو جَارية فَوُطِئَت فالثمرة والولد والمهر يختص به المالك ؛ لأَنها فوائد لم تحصل بالتجارة بل من عين المال ، وقال الإمام والغزالى : هذه الفوائد كلها مال تجارة ، وفصّل المتولى : فقال : إن كان فى المال ربح وملك العامل حصته بالظهور ، فهى تجارة ، وإن لم يكن أَو كان وقلنا يملك بالقسمة ، فمن الأَصحاب من عدها من مال القراض ، وقال عامتهم : يفوز بها المالك . وقال الرافعى : ويشبه أَن يكون هذا أَولى ، وقوله فى الحاوى : ويملك الربح بالقسمة وإتلاف المالك فيه أَمران :

أَحدهما : مقتضاه يملك الربح مستقراً بالقسمة ، سواء فسخ

العقد أم لا ، وليس كذلك ، بل لو اقتسما الربح ، والقراض باق ، فهو وقاية ، كما كان حتى لو حصل نقص فى رأس المال خير بما اقتسماه من الربح ، فلا يستقر فى القسمة إلا بالفسخ .

الثانى : أنه اقتصر حصول الملك فى الربح على القسمة ، ولو نضّ المال ، ثم فسخ القراض ملك كل حقه ؛ للأمن من جعله وقاية .

وقوله : (ويورث بِظُهور ، وَيُجْبَر به نَقْصٌ وَتَالِفٌ ، لا قَبْل تصرف).

أى : وإذا قلنا : إن الربح لا يستقر إلا بالقسمة والفسخ فإنه بالظهور يورث ، حتى يملكه بموت العامل ، وَيُجْبَر به ، على ما يطرأ على مال القراض من نقص بانخفاض السعر وكذلك بالتلف ، لكن بعد تصرف ، فإذا احترق بعض مال التجارة أو غرق وهناك ربح جُبر به النقص ، ولو كان بعد القسمة ما لم يفسخ ، وإن كان التلف قبل التصرف لم يجبر على الأصح ، كما لو أعطاه ألفين للقراض فتلف قبل الشراء بهما فإنه يتلف من رأس المال ، ولا يلزمه جبره بما حصل من الربح ، وإن تلف بعد الشراء بهما وجب جبره بما حصل من الربح ، أما تلف المال كله بعد التصرف أو قبله ، فإن القراض ينفسخ به ، وإن أتلفه أجنبى أخذ البدل منه ، وبقى القراض بحاله ، وإن أتلفه العامل قال الإمام : ينفسخ القراض ؛ لأنه وإن وجب عليه بدله فلا يدخل فى ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذ يحتاج إلى استئناف

القراض ،قال الرافعي : ولك أن تقول ذكروا وجهين فى أن مال القراض إذا غصب وأتلف فمن الخصم ؟ فيه وجهان : أصحهما أنه المالك فقط ، إن لم يكن فى المال ربح ، وإن كان فيهما جميعاً ، والثانى : أن للعامل المخاصمة مطلقاً ؛ حفظاً للمال يشبه أن يكون الجواب المذكور فى إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خَصْمٌ ، والتقدير أن يقال ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك فأخذه عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، ولزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف ، ونقل الأسنوى عن القاضى حسين الفرق بين إتلاف الأجنبي وإتلاف المالك والعامل أن لهما الفسخ فلذلك جعل اتلافهما فسخاً .

وقوله : (وإن فُسِخَ وجب رد رأس المال إلى مثله ، وله البيع من راغب ، لا وثَمَّ ربح بَدَّله المالك) .

أى : اعلم أنَّا قد بينَّا أن القراض توكيل، وأنه قد يصير فى الانْتهاءِ فلِكُل منهُما فسخه من غير إذن الآخر ؛ لأنه عقد جائز ، ثم إن كان المال دينا فاستيفاؤه بعد الفسخ على العامل ، سواء كان فى المال ربح أم لا ؛ ليرده مثل ما أخذه ، وليس الدَّين كالعين ، وإن كان نقداً من نقد رأس المال أخذ المالك من رأس المال ، فإن فضل ربح اقتسماه كما شرط ، وإن كان المال مكسراً وقد قبض صحاحاً ، بادل بها العامل إن وجد ، وإلا اشترى بها عرضاً وباعه، وإن كان عرضاً أو نقداً بغير رأس المال فعليه رد قدر رأس المال جنسه ، فيبيعه لما فيه المصلحة من جنس رأس المال ، أو مشترك بينهما لايتعين بنضيضه

على العامل أَو المالك ، وإذا توقع العامل بعد فسخ القراض وقبل التراضى بـأَخذ مال القراض من يشترى العرض بـأَكثر من ثمن المثل - ولم يكن هناك ربح - فله البيع وإن كره المالك ، وإن كان هناك ربح ، وقال المالك تـأْخذ حقك من العرض لم يكلف المالك البيع على الأَصح ؛ إذ لا حاجة إليه ببيعه سواء كان فيه ربح أَم لا وإنما حسن ذكره فى العزيز والروضة .

وقوله : (ويكفى [وارثا][1] أَقرّرتك ونحوه فى نقد) .

أَى : إذا مات المالك أَو العامل انفسخ القراض ، وذلك معلوم بقوله: القراض توكيل ، فإذا مات أَحدهما والمال نقد فلِلْمالك أَو وارثه إنشاء القراض مع العامل أَو وارثه ، بـأَن يقول : أَقررتك أَو تركتك ، أَو أَبْقَيْتُك على ما كنت عليه ، ويكتفى به على الأَصح ، قال الرافعى والنووى : وهذان الوجهان على قولنا : إن القراض ونحوه ، لا ينعقد بالكتابة وأَما إذا قلنا : ينعقد ينبغى أَن يجرى التقرير قطعاً ، وإن كان المال عرضاً لم يجز التقرير ؛ لأَن القراض الأَول قد انفسخ ، وهذا قراض جديد ، فلا يجوز على العروض ، لكن على العامل تنضيضها[2] للمالك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث فى ذلك اعتمادا على الإذن السابق ، وكون التنضيض مأْذونا فيه شرعاً ، بخلاف ما إذا مات العامل فإن وارثه لا يبيع إلا بإذن ، ويجوز تقريره على النقد ، كما يجوز

---

(١) هذا اللفظ بهامش (أ) وفى مكانه من (ب) .

(٢) إعادتها ورجوعها إلى دراهم أو دنانير أو نوع العملة التى يتعامل بها أهل هذه الجهة . وقت التعامل بها ، م .

إنشاء القراض معه ، وقوله فى الحاوى : وإقرار الوارث بلفظه : الظاهر أن مراده أن يكون التقرير بلفظ الوارث لا سكوته، وهذا خلاف ما شرحوه من أن المراد لفظ التقرير ، وليس كذلك ، إذ ليس لتخصيصه به معنى ؛ لأنه يجوز أن يعقد بدله بلفظ ضاربت وقارضت ، وسائر ألفاظ القراض قطعاً ، وذلك يجوز أن يقول أقررتك وتركتك على حالك ، ذكره فى العزيز والروضة ، ولم يقولا : إنه يختص بالتقرير ، بل قالا : الخلاف إذا قلنا إن القراض لا ينعقد بالكتابة ، أما إذا قلنا ينعقد بها ، فينعقد قطعاً ، ولا شك أن اللفظ أبقيتك على حالك كَتَرَكْتُكَ على[1] حالك ، ولعل الوهم حصل من قوله فى العزيز والروضة : فإذا كان المال عرضا ففى جواز تقريره وجهان : أصحهما أنه المنع ، ثم قال : والأَشْبَهُ أنّه يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا تسامح باستعمال الألفاظ التى ستعمل بالابتداء، وليس هذا فى شيء مما نحن فيه .

وقوله : (فإن قرر بمائة ربْحُها مائتان نصفين ، فتضاعف فلكل ثلاثمائة) .

أى : إذا أَقر الوارثُ العاملَ على القراض فى مال أَصله مائة وربح فيه العامل مائتين والربح بينهما نصفين فللعامل من الربح مائة ؛ لما بيناه من أنه إذا انفسخ القراض والمال نقد ملك العامل حصته من الربح وإن لم تجر قسمة ، فإذا بلغ المال ستمائه أَخذ العامل

---

(١) أى لا فرق بين العبارتين أبقيتك على حالك ، وتركتك على حالك » .

مائة مال الحاصل وربحه وهو مائتان ، وبقى أربعمائة للوارث ، ورأس ماله وهو مائتان ، ونصف الربح وهو مائة ، وللعامل نصفه وهو مائة يضيفها إلى المائتين ، فيصير مع كل ثلاثمائة .

وقوله : (وقرت حصة العامل فيما رَدَّ ربحاً وخسراً ،[1] الأَصلُ مائة ، وربح عشرين ، فرد عشرين فسدسها[2] ربح ، ثم خسر عشرين ، فللعامل درهم ، وثلثاه ، وإن خسر عشرين فرد عشرين ، ثم ربح[3] عشرين ، فخمسة وسبعون رأس مال ، وخمسة ربح[4] لهما) .

أى : إذا اشترى المالك شيئاً من المال بعد الربح فالمردود ليس من رأس المال خاصة ، بل شائع أصلا ، وربحا ، فيقرر ملك العامل على ما يخصه مما استرد ، وإن استرد وقد حصل المال خسران

---

(١) فى الربح يستقر ملكه على مايخصه ، فلا يسقط بما حصل من النقص بعد ، وفى الخسر يوزع على المسترد والباقى فلا يجب جبر حصة المسترد من الخسر لو ربح بعد ، وإذا أردت مثالا للربح ، فقل ، ف ، يشير بذلك إلى قول الإرشاد « الأصل مائة إلخ / م .

(٢) وهو ثلاثة وثلث ، للعامل منه ، والشرط المناصفة ، درهم وثلثان ، يستقر ملكه عليه حتى لورد العامل تلك العشرين ، ف / .

وقوله ثم خسر عشرين أى بعد الرد لانخفاض السوق فعادت المائة إلى ثمانين لم يسقط نصيب العامل وهو درهم وثلثان / ف ١ وهو حصته من الربح المسترد (أى الدرهم والثلثان حصة العامل من الربح) وللمالك منه ماعدا ذلك لتقرر نصيب العامل بالاسترداد ، فلا يجبر به نقص غير المسترد لتميزهما فكأنهمامالان ، واستشكل الأسنوى أخذه مما فى يده بما أجبت عنه فى الأصل ، فعلم أن باقى المأخوذ ، وهو ستة عشر وثلثان ، من رأس المال ، فيعود إلى ثلاثة وثمانين وثلث ، هذا إن أخذ بغير رضى العامل ، أو برضاه وصرحا بالإشاعة أو أطلقا فإن قصد الأخذ من رأس المال اختص به ، أومن الربح ، فكذلك ، لكن يملك العامل مما فى يده قدر حصته على الإشاعة ، نبه على ذلك فى المطلب / ف .

(٣) أى فعاد المال لستين فانحسر الخمس ، فحصته خمسة ؛ لأنه موزع على المسترد ، والباقى فلا تجبر الخمسة بالربح لتقررها بالاسترداد ، وإنما يجبر به باقى الخسرا ، وهو خمسة عشر ، فيصير رأس المال بعد الخسر خمسة وسبعين والخمسة الزائدة فى الصورة الآتية ، تقسم بينهما ، فللمالك سبعة وسبعون ونصف ، فإذا رد العشرين ، ف .

(٤) لما تقرر أن حصة كل عشرين من الخسر خمسة ، وأن حصة المسترد لاتجبر بالربح ، ف .

كان الخسران موزعاً على المسترد والباقى ، ولا يلزمه جبر حصة المسترد ، ولو ربح عشرين فبلغ المال ثمانين ما لم يكن للمالك أخذ الكل ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، لأن حصة كل عشرين من الخسران خمسة ، فالخمسة التى هى حصة العشرين المستردة لا تجبر ، وإنما يجبر خسران الباقى ، وهو السوق ـ بخمسة عشر ، ويبقى خمسة ، تقسم بينهما نِصْفَيْن ، ويحصل للمالك من الثمانين الباقية سبعة وسبعون درهما ونصف درهم .

وقوله : (وصدق عامل فى تَلَفٍ ورَدٍّ وربْح ، وخُسْر ، ونهى ونيّةِ شراء وقَدْر أَصْلٍ) .

أى : إذا اختلفا فادعى العامل التلف صدق بيمينه ، كالمودع فإن ذكر سبب التلف ففيه التفصيل المذكور ، وكذلك إذا تنازعا فى رد المال وفى الربح يدعيه المالك وينكره ، وفى قدر الربح ، ويقول المالك ربِحْتَ ألْفين والعامل ألفاً فى الخسر يدعيه العامل ، وينكره المالك وفى النهى يقول المالك : نهيتك عن شراءِ كذا وينكره العامل فيما اشتراه ، وفيه ربح ، فادعى شراءه لنفسه ، وأنكر المالك فيما فيه خُسْر ، فقال : اشتريته للعامل وأنكر المالك المصدق فى هذا كله العامل ؛ لأنه أمين ، وإن اختلفا فى قدر الأصل ، فقال المالك : دفعت إليك ألفَيْنِ ، وقال العامل ألفاً ، صدق العامل ؛ لأن الأصل عدم قبض الزائد .

وقـوله : (فإن قارض رجلَيْن ، وقال : الأَصل أَلفان ، والحاصل أَلفان ، فصَدَّق واحد ، وقال الآخر : أَلف فله رُبعُه ، أَو والحاصل ثلثه ، فَلَهُ خمسمائة ، وللمصدق ثُلُثُها) .

أَى : فإذا قلنا : إن القول قول العامل فى قدر الأَصل فقارض المالك رجلين على أَن يكون نصف الربح للمالك ، ونصفه لهما بالسوية ، ثم قال المالك: الأَصل أَلفان وصدق أَحدهما ، وقال الآخر : بل أَلف ، وأَخذنا المقر بقوله ، وصدق المنكر بيمينه ، فلو قال : الحاصل أَلفان ، فلا شيء للمقر ، وللمنكر ربع ربح ، وهو بزعمه أَلفان ، وأَما المقر فيأْخذ مائة ، وستة وستين وثلثين . لأَنه يقول : الأَصل أَلفان ، فيأْخذهما المالك عن رأْس المال ويبقى خمسمائة ، المقر ثلثها ، وثلثها للمالك ؛ لاتفاقهما على أَن ما يأخذه المالك مثلا ، يأْخذه كل من العاملين ، وما يأْخذه المنكر من الزيادة كالتالف .

وقـوله : (وتحالفا فى قدر المشروط ، وإن أَقَر بربح ، ثم قال كذبْتُ ، أَو غَلِطْتُ ، لم يقبل ، وبعده لو قال : خسرت وأَمكن قبل) .

أَى : وإن اخْتَلَفا فى قدر ما شرط له من الربح ، فقال المالك : شرطت الثلث ، وقال العامل : بل النصف ، تحالفا ؛ لأَنهما اختلفا بعوض العقد اخْتلاف المتبايعين ، فإذا تحالفا فسخ العقد ، وصار الربح للمالك ، وللعامل أُجرة المثل ، وإذا أَقر العامل بربح ، ثم قال:

غلطت فى الحساب ، أَو كذَبْتُ لئلا ينزع المال من يدى لم يقبل؛ لأَنه أَقرَّ بحق فلم يقبل رجوعه كسائر الأَقارير ، وإن قال بَعْد ذلك كله : خسرت صُدِّق ، قال فى العزيز والروضة : قال المتولى : وذلك عند الاحتمال بأَن حدث كساد فيقبل ، ولا يضر قوله أَولا كَذَبْت ، وإن لم يحتمل لم يقبل ، ولم يتعرض فى الحاوى لهذا المنقول عن المتولى .

المساقاة

وقوله : (باب[1] إنما تصح المساقاة فى نخل وعنب مغروس ، مُعَيّن مَرْئيٍ ، ولو أَثمر لا بصلاح).

أَى : لا تصح المساقاة ، إلا فى النخل والعنب ، والمساقاة أَن يعامل إنساناً على أَن يتعهد نخله أَو عِنبه بالسقى والإِصلاح ، وما يحدث من ثمرة يكون بينهما ، وسميت مساقاة؛ لأَن السقى أَنفع أَعمالها وأَكثرها مؤنة ، لاسيما فى الحجاز؛ لأَنهم يسقون من الآبار ،

(١) فى المساقاة وما يتبعها وهى لغة مأخوذة من السقى – بفتح السين وسكون القاف – المحتاج إليه فيها غالباً ، وحقيقتها : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقى والتربية ، على أن تكون الثمرة لهما . والحاجة داعية إليها إذ المالك قد لا يتعهد ولا يحسن العمل ، والمتعهد ومن يحسنه لا يملك وتسليم الأجرة مشقة إذ قد لا تحصل ثمرة بل هى أولى بالجواز من عقد القراض ، لأن عوضها وهو الثمرة ، يعتاد حصوله ، أكثر من عوضه ، وهو الربح ، ومن ثم فارقت فى لزومها ووجوب توقيتها ، وبهذين اشبهت الإجارة ، وملك الثمرة فيها بالظهور ، واعتبارها من الثلث إذا وقعت فى المرض ، عما كثر من أجرة المثل ، وأن مايتلف من الشجر لايجبر بالثمرة ، وأن العمل فيها جميعه على العامل وغير ذلك . وأركانها خمسة (١) العاقدان (٢) ومتعلق العمل (٣) والثمرة (٤) والعمل ، (٥) والصيغة ، الأول العاقدان وشرط فيها ماشرط فى موكل ووكيل ومقرض ومقترض والثانى متعلق العمل وهو الشجر والثمر ، ويشترط فيه أن يكون مغروسا معيناً مرئياً بيد عامل لم يبد صلاحه ، وهو الذى بدأ به المصنف فقال تصح فى نخل وعنب إلخ /ف .

والأَصل فى جوازها معاملة[1] النبي – صلى الله عليه وسلم – لأَهل خيبر فى النخل ، وقسنا العِنبَ عليه دون سائر الشجر ؛ لاختصاصهما بالزكاة ، واحتياج صاحبهما إلى إعانة بما يرتفق من تثميرها به ، وللفقراءِ ، ولأَن الخرص يتأَتى فى ثمرها بتدلى عناقيدها وسائر الشجر مستتر بالورق ويتعذر فيها الخرص ، ويتعذر بتعذر تضمين العامل الثمار ، والمالك ربما لا يثق بأَمانته ؛ ولأَن الحاجة تدعو إلى المساقاة منَ حيث إن الأَجير لا يكاد يبذل جهده كما يبذله إذا كان شريكاً ، ويشترط أَن يكون ما تساقاه عليه مغروساً ، فلا يجوز أَن يساقيه ، على وَدِىٍّ يَغْرسه ؛ لأَن الغرس ليس من أَعمال المساقاة ، ولأَنه غرر كثير ، إذ قد لا يثبت ، وإن ساقاه على ذلك فهى فاسدة يستحق فيها أَجرة المثل ، إن ظن أَنه يثمر فيها ، ويشترط أَن يكون معينا ، فلو ساقاه على أَحد الحديقتين ، أَو على نصيبه المشاع دون شريكه لم يصح؛ للجهل بالعمل ، وتعذر تخصيص عمله بما سوقى عليه من المشاع ، نعم يجوز أَن يساقى شريكه كما سيأْتى ، ويشترط أَن يكون مرئياً ، فلو ساقاه على حديقة لم يرها لم يصح على المذهب ، وقيل فيه قولان : أَظهرهما الجواز ، واختلف فى محل القولين على ثلاث طرق ، وقال : أَظهرها أَن القولين فيما إذا لم يَبْدُ الصلاح ،

---

(١) رواه مسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أوزرع ص ٦٢ ج ٣ بلوغ المرام » وفى رواية « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم وأن لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطرها ص ٦٢ ج ٣ بلوغ المرام » وغير ذلك من الأخبار ، ولا شك فى جوازها على النخل لأنه مورد النص ، وهل العنب منصوص عليه أو مقاس ؟ قيل إن الشافعى قاسه على النخل بجامع وجوب الزكاة ، وإمكان الخرص ، وقيل إن الشافعى أخذه من النص وهو « أن النبى صلى الله عليه وسلم ، عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم ص ٢٧٢ ج ٥ نيل الأوطار .

فأما بعده فلا يجوز قولا واحداً ، لأن التجول لتربية الثمار ، وتنميتها وهو بعد الصلاح لا يباشر بالعمل ، الثانى إجزاؤهما ما لم يتناه نُضْجُها والثالث إجراء القولين مطلقا ، وقوله فى الحاوى : إنما تصح مساقاة النخل والكرم المغْروس المعين المرئى خرجت الثمار أولا فيه أمران :

أحدهما : أنه كان ينبغى أن يقول النخل والعنب ، لأنه صلى الله عليه وسلم - نهى عن تسميته كرماً .

الثانى : قوله خرجت الثمار أم لا ؟ ولم يفرق بين أن يبدو صلاحها أم لا ، وهى بَريقُه[1] ، والأصح فى الرافعى والروضة أن ذلك مخصوص بما قبل بدو الصلاح ، وأما بعده فلا يجوز قولا واحداً ، وهى الطريقة الصحيحة عنده وقال ابن النحوى فى شرحه : وتحريره ، يدل قبل الصلاح وقبل التأبير ، وهو وهم منه .

وقوله : (وفى غَيْرٍ ومُزارَعةِ تَبعاً ، لا مُخَابَرة ، فيما تَخلَّل ، إن اتَّحد نَفْعٌ وعَامِلٌ وعَقْدٌ) .

أى : إنما تصح المزارعة تبعاً للمساقاة بشروط ، أن يكون فى البياض المتخلل بين الشجر ، وأن يكون النفع متحداً فيهما ، فإن تباعدا بحيث يمكن سقى أحدهما ، وتقليد الأرض من غير أن

---

(١) البريق اللمعان وكذا الليونة والطراوة وتغير اللون فى التمر والعنب /م .

(٢) وهو ما رواه الشيخان عن جابر « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » ص ٢٧٨ حـ ٥ نيل الأوطار .

ينتفع الآخر بطلت المزارعة ونحوها ، وحيث اتحد النفع عسر انفراد أَحدهما به عن الآخر ، وقد عبروا بعُسْرِ انفراده ، و المعنى واحد ، والمزارعة وهى المعاملة على الأَرض ببعض ما يخرج منها والبذر على صاحب الأَرض ، والمخابرة كالمزارعة ، إلا أَن البذر من العامل ، وقدم المزارعة على المساقاة ، لأَنها تابعة وعنه احترز بقوله: تبعا ، كما لو مزج الرهن بالبيع ، لا يجوز تقديم الرهن ، وكذا لا يجوز أَن يساقى فى الحديقة واحداً ويزرع فى بياضها آخرَ ، ولو كان بين النخل والعنب غيرهما ، من الأَشجار المثمرة ، جازت المعاملة عليه ، تبعاً للنخل والعنب كالمزارعة على الأَصح من زوائد الروضة ، وأَمَّا المخابرة فلا تجوز مفردة ولا تبعاً ، للحديث[1] وقال النووى[2] فى الروضة : المختار جواز المزارعة والمخابرة ، انتهى ، لكن المذهب الذى عليه التّفريع ما قاله فى الكتاب .

وقوله : (مؤقتة بمعين ، يثمر فيه غالباً ، ولو أَخره) .

أَى : إنما تصح المساقاة مؤقتة كالإجارة ؛ إذ لو تأَبدت لصارت كالملك ، وتضرر المالك ، لتعهد الثمرة وإصلاحها ، ومدة ذلك معلوم ، بخلاف القراض ، ثم التأقيت ، يجب بزمان معين كالسنة والسنتين ، وأَن يكون بمدة مثلها تثمرُ الثمرة غالباً ، فإن قُدِّر بمدة لا تثمر فيها غالباً لم يصح ، وإن عامل فيها العامل لم يستحق أُجرة إن علم ، وإن

(١) راجع ص ١٧ الربع الأول .
(٢) راجع ص ١٢ ، ص ٣٤ الربع الأول .

جهل كونها لا تثمر استحق أُجرة المثل ، ولو أَقت بزمان إدراك الثمر لم يصح ؛ لأَن الإدراك يتقدم ويتأَخر ، فإن أَقت بمدة تثمر فيها غالباً ، ولكن فى آخر سنة من السنتين المساقى عليها جاز ، وكانت السنون كالشهور فى السنة التى لا تخلو من الثمر فيها ، وقوله فى الحاوى :[1] مؤقتة بزمان يحصل الريع فيها ولو آخر سنين فيه أَمران :

أَحدهما قوله : مؤقتة بزمان ، قال ابن النحوى فى تحريره : يدخل فيه ما إذا وقت بزمان إدراك الثمر وهو وجه صححه الغزالى ، والأَصح أَنه لا يجوز .

الثانى : قوله يحصل فيه الريع ، يوهم أَنَّ اشتراط المدة تتسع إلى الجذاذ ، وعبارة غيره يثمر فيها غالباً ؛ لأَنه بإطلاق الثمرة فى المدة يملك حصته وعلى المالك إبقاؤها إلى الجذاذ .

وقوله : (ومع شَريك وبشرط إعانة عبده ، بطعم لا هو ، ولا أَجير عليه) .

أَى : وتصح المساقاة مؤقتة ولو مع شريكه أَن يشترط له جزء من الثمر فى مقابل عمله كالثلث ، والربع والخمس ، لا معينا كمائة ، ولو شرط أَن يُعينه عبد رب المال جاز ، إلا أَن يكون عاملا مشاركاً فى الرأَى والتدبير ، ويشترط أَن يَعرِف العبد أَيضاً ، فلا يصح عبد

---

(١) وفى ح « مؤقتة بزمان يحصل الريع فيه غالباً ولو آخر سنين ومع الشريك » .

مجهول ، وإن شرط أن تكون نفقة العبد على العامل جاز على الأصح ، ويطعمه ما جرت به العادة ،ويتسامح بجواز ذلك فى المعاملات ،وإن شرط أن تكون نفقته من الثمرة لم يجز ؛ لأن ما يبقى منها بعد النفقة يكون مجهولا ، فيخرج عن كونه معلوماً بجزئيته ، فإن شرط للنفقة جزءا مقدرا كالربع ،كان مضافاً إلى نصيب المالك وكانت نفقته عليه ، فلو شرط أن يعمل معه رب المال لم يجز ، وكذا إذا شرط العامل أن يستأجر أجيراً يعمل معه ، وتكون أجرته على على المالك ؛ لأن العمل شرطه أن يكون على العامل لا على المالك ، وقوله فى الحاوى : أن يعمل معه غلام رب المال ، أراد به أن يكون مُعيَّناً أو خادماً مشاركاً فى الرأى والتدبير .

وقوله : (وبنحو[1] ساقيتك ،عاملتك، لا بأَجَّرْتُ ،وقبول بلاتفصيل عمل ، اكتفاء بِعُرْف عَرَفَاهُ).

أى : وإنما تصح المساقاة بإيجاب نحو ساقيتك ، وعاملت ، وكذا عقدت معك عقدا ،كما فى سائر العقود ، ولا يجزئ بلفظ الإجارة ، فلو قال : استأجرتك لتتعهد نخلى بربع منها ونحوه لم يصح ، ولو قال : ساقيتك بثلث الثمرة لتكون أجرة لك لم يضر ؛ لتقدم لفظ المساقاة ،ولا يشترط أن يفصِّل الأعمال فى العقد ، بل ما اقتضاه لفظ المساقاة فى البلد رجع إليه عند التنازع ، ويشترط أن يكونا عارفين بما يقتضيه عقد

(١) هذا شروع فى الصيغة وشروطها ، ولا بد فيها من إيجاب وقبول لفظا فلا يكفى الفعل من أحد الجانبين وفى الكتابة وإشارة الأخرس مامر فى الضمان ، من أن الكتابة كناية تحتاج إلى نية وإشارة الأخرس لا بد أن تكون مفهمة ، /هـ .

المساقاة فى الْعُرْف ، هكذا ذكره فى العزيز والروضة ، وقوله فى الحاوى[1] : والعمل جملة والعرف يفصله، مشكل من حيث إنه معطوف على محمول عرف ، وَشَرْحُ القونوى له أَعجب ، فإنه قال : وَعَرَفَ كل من المتعاقدين العمل جملة ، ولايشترط معرفة الأَعمال تفصيلا ، بل العرف الغالب فى كل ناحية يفصله ، وهذا إذا عرف المتعاقدان العرف المحمول عليه ، قلت : ونقل معرفتهما بالعرف الذى يحمل عليه العقد غير معرفتهما ما يقتضيه العقد فى العرْف ، ولكنه أَراد الجمع بين كلام الرافعى وكلام المصنف ، وهما متباينان ، قال الرافعى : وإذا عقد بلفظ المساقاة ، فالصحيح أَنه لا حاجة إلى تفصيلٍ لأَعمال يحمل فى كل ناحية على عرفها الغالب ، وفيه وجه أَنه يجب تفصيلها ؛ لأَن العرف يكاد يضطرب ، وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه ، فإن جهلاه أَو أَحدهما وجب تفصيل الأَعمال ، هذا كلامه نفياً ، فإنه يُظْهِرُ ذَلك فَرْقَ مَا بَيْنَ الكلامين .

وقــوله : (وَعَرَفَا شجرا تنوَّع ، أَن شُرِطَ تفاوتٌ) .

أَى : وإن كان فى الحديقة نوعان ، أَو أَكثر ، فساقاه على الجميع ، وإن قال : على الثلث أَو الربع ، بالجميع ، جاز ، وإن قال : على أَن لك من الصيحانى الثلث ، ومن العجوة الربع ومن البرنى الخمس ، اشترط معرفة الأَنواع وقدرها ، ولو تَخْمِينًا ، ولو ساقاه على أَن ما سقى بماءِ السماءِ ففيه الثلث ، أَو بالدولاب ففيه النصف لم يجز .

---

(١) وفى ح « والعمل جملة والعرف يفصله وهى لازمة » .

وقــوله : (وَلَزِمَتْ ، وَمَلَكَ حِصَّتَه بظهُور ، وَعَليه ما يتكرَّر ، وَيَحْتَاجُه ثمر كَحِفْظٍ وجَذَاذٍ ، وَتَرْقِيعُ اعْتِيدَ) .

أَى : ولزمه المساقاة بالعقْد ، فلا يجوز لأَحد منهما فسخها ، بخلاف القراض ، وإن كانا يشتركان فى اشتراك كون الربح والثمر مختصًا بالمتعاقدين وكونهما بينهما بالجزئية ، والفرق أَن عمل المساقاة يقع فى أَعيان تبقى بحالها ، فأَشبهت الإِجارة فى اللزوم ، والقراض لا تَبْقَى أَعيانه بعد العمل ، فأَشبه الوكالة ، ثم العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور ، ولا يتوقف على القسمة ، بخلاف القراض ، والفرق الثمرة ليست وقاية للأَشجار ، بخلاف الربح فإِنه وقاية لرأْس المال ، ويجب على العامل فى المساقاة ما يتكرر لحاجة الثمار إليه كل سنة للتنمية ، وما هو من صالحها كالسقى وإصلاح طريق الماء ، وتنقية الأَنهار والآبار من الحمأَة[1] ونحوه ، وإدارة الدولاب وغير ذلك ، ومنه تقليب الأَرض بالمساحى وتكريرها وهو الحرث فى المزارعة ، وكذلك تقويتها بالزبل إذا جرت به العادة ، نقله الشيخان[2] من التتمة ، ومنه التلقيح ، والطلع الذى يلقح به على المالك ؛ لأَنه عين ماله ، وليس على العامل إلا العمل ، ومنه تنحية الحشيش المضر ، والقضبان المضرة بالشجر ، وتصريف الجريد ، بأَن يقطع ما يضر ويرد ما بقى عن وجه العناقيد ، وينحى عنها لتصيبها الشمس ، ومنه تعريش العنب ،

---

(١) والحمأة طين أسود يتراكم فى الأنهار والآبار ومسالك المياه فتعوقها عن المرور المطلوب للسق /م .

(٢) الشيخان النووى والرافعى والتتمة للمتولى الإمام أبى سعد بن أبى سعيد المتولى راجع ص ٩٣

ووضع الحشيش فوق العناقيد ، إن جرت عادة ، والأصح يجب على العامل الجذاذ ، وحفظ الثمرة ، كما يجب حفظ مال القراض على العامل ، وحفظه من الطير ونحوه بأن يجعل كل عنقود فى قوصرة ، وهى على المالك ، ومالا يتكرر مما يُقْصد به حفظ الأصل فهو على المالك ، كحفر البئر والنهر وبناء الحيطان ونصْب الأبواب والدولاب وخراج الأرض ، وأما رد الثلم[1] اليسيرة فالمتبع فيها العرف على الأصح ، وما وجب على العامل مما ذكرناه ، فله أن يستأجر عليه ، فإذا شرط على أحد منهما ما يجب على الآخر بطل العقد ، فإن فعل العامل ما وجب على المالك بلا إذن فلا أجرة[2] له .

وقـوله : (فإن هرب استأجر بماله قاض ثم اقترض، ثم المالك ، أو عمل ليرجع وأشهد ، وإلا فمتبرع كأجنبى أو فسخ ، لا أن أثمر ، ولو وُجِدَ مُتَبَرِّعٌ وسلم أَجْر عمله ، كأن اسْتُحِقَّ شَجَرُه) .

أى : اعلم إنما أتى بالفاء لأنه تفريع على قوله : ولزمت ، فإن هرب العامل قبل أن يتم ماعليه ، فليرفع المالك إلى الحاكم ثم يثبت المساقاة ثم يستأجر عليه القاضى من ماله ، إن كان له مال ، أو من نصيبه من الثمر إنْ بدا صلاحه ، فيبيع الكل أو البعض بحسب الحاجة ، وإلا اسْتقْرَض له القاضى ثم يستأجر عليه ، وإن لم يكن قاض نظرت ،

---

(١) الثلم جمع ثلمة ، مثل غرفة وغرف والثلمة الخلل فى الحائط وثلمت الإناء ثلما من باب ضرب كسرته ، المصباح / م .

(٢) ويعتبر متبرعاً بما عمل ، وأما إذا استأذن المالك أن يعمل بالأجرة فلهطلبها ويستحق أجرة المثل إن لم يعين أجراً / م .

فإن عمل المالك أَو استأْجر من ماله ليرجع ، وأشهد على أنه صرف أَو عمل ليرجع رجع ، قال : وإلا فمتبرع ، يعنى إذا لم يرفع إلى القاضى ، إن كان ، أَو لم يُشْهِدْ عند عدمه ، بل صدق أَوعمل بلا إشهاد فهو مُتَبَرِّع ، كالأَجنبي إذا عمل أَو استأْجر ، ومن شرطه أَن يشهد أَنى عملت لأَرجع ، وإن لم يعمل ولم يصرف وأَراد أَن يفسخ العقد نظرت ، فإن كان ذلك قبل خروج الثمرة جاز لتعذر الاستيفاء ، كما إذا[1] أَبق العبد المبيع قبل القبض ، ويعطى العامل أُجرة عمله ، وإن كان بعد خروج الثمرة لم يجز الفسخ ؛ لأَنه صار شريكا ، فإن بَدَا فيها الصلاح بيع من نصيب العامل فى الأُجرة ، وإلا فإن باع مع المالك بشرط القطع ، واشترى من نصيبه ما يحتاج إليه جاز ، ولو قال أَجنبي قريب للهارب : أَنا أَتبرع بالإتمام عنه فلا يُفْسَخْ ، ولم يُلْزِمِ المالك ؛ لأَنه قد لا يريد دخوله مِلْكَهُ ، فإذا عمل العامل فى المساقاة ثم بان الشجر مستحقاً ، فعلى المساقى له مِثْلُ أُجْرَة عمله ، كما إذا استأْجر الغاصب من عمل فى المغصوب عملا فإن الأُجرة على الغاصب ، وقوله[2] فى الحاوى : وإن هرب ، إلى قوله وإن تبرع أَجنبي ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله :وإن هرب استقرض ، هذا إذا لم يُوجَدْ له مال ، فإن وجد ، أَو كانت الثمرة قد بدا صلاحها فإنه يباع نصيبه ،

(١) إذا هرب العبد المبيع قبل القبض ثبت الخيار للمشترى فكذلك عقد المساقاة قبل خروج الثمرة فله الفسخ /م .

(٢) وفى ح « فإن هرب استقرض القاضى عليه واستأجر ثم ينفق المالك بالإشهاد وإلا فتبرع كالأجنبى أو يفسخ بأجر مثل ما عمل كأن استحق الشجر وإن تبرع أجنبى .

قال القونوى : لابد من هذا وإن اقتضى ظاهر كلامه الاستقراض مطلقا[1] .

الثانى : قوله : ثم ينفق المالك اقتصر على الإنفاق ، وهو مخير بين أَن ينفق أَو يعمل بيده .

الثالث : قوله : بالإِشهاد مقتضاه أَنه إِذا أَنفق وأَشهد رجع مطلقاً ، وليس كذلك ، بل لا يرجع حتى يشهد أَنه أَنفق أَو عمل ليرجع ، فإن لم يصرح بالشهود بقصد الرجوع لم يرجع ، نقله فى العزيز والروضة ، عن الشامل وأَقراه .

الرابع : أَويفسخ بأُجرة مثل ماعمل ، ظاهره أَن له الفسخ مطلقاً ، وليس كذلك ، بل إذا لم يثمر الشجر ، أَما إِذا أَثمر فإِنه لا يجوز الفسخ كما بيناه .

الخامس : وإن تبرع أَجنبى ،لا فرق بين أَن يتبرع الأَجنبى أَو القريب ، بخلاف ما إذا مات فإِن للوارث أَن يتمه ، وإِن لم يخلف له التركة ؛ وذلك لأَن حصة العامل من الثمرة انتقلت إِليه ،ويستحق التمكن من الإِتمام ليصل إِلى حقه .

---

(١) تعبيره بالاستقراض يفيد إنفاق القاضى من مال الهارب من باب أولى فإذا جاز للقاضى الاستقراض إذا لم يكن له مال فيجوز له إنفاق مال الهارب من العمل من باب أولى فى العمل الذى هرب منه /م .

وقــوله : (وإِنْ مَاتَ وهى بذمة ، تمَّمَ وارثٌ ، وَيُجْبَرُ إنْ خَلَّفَ تـرِكةً) .

أَى : إذا مات العامل نظرت ، فإن كانت المساقاة على عَيْن العامل انفسخت ، كما فى الإجارة على العين ، وإن كانت فى الذمة نظرت ، فإن خلَّف تركة فعلى الوارث الإتمام ، فيستأجر من يتمها ، ويعمل إن كان أميناً عارفاً بالعمل ، وإن لم يُخْلِف فللوارث الإتمام ، ولا يجب عليه ؛ لأَنه إنما يخيّر على توفية ما على الموروث من تركته ، وقوله فى الحاوى : تمم الوارث ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك على مساقاة فى الذمة لا عين كما بيناه ، ذكره وفى العزيز والروضة .

وقــوله : (والعامل أَمين ، فإِنْ خَانَ أُلْزِمَ أُجرَة مُشْرِفٍ ، فإن لم يُفِدْ فَعَامِلٌ) .

أَى : والعامل أَمين ، فلا يضمن ما تلف فى يده بغير تقصير ، فإن خان وثبتت خيانته ببينة ، أَو بإقرار أَو نكوله أَلزمه الحاكم أُجرة مشرف ، ويستأَجِر لمراقبته ، فإن لم يُفِدِ المشرف ، أُلزم أُجرة العامل يُسْتَأْجَر للعمل عنه .

الاجارة

وقوله : (باب[1] : صِحَةُ إجَارَة بإيجاب ، كأَجَّرْتُك ، أَكريت ، أَلزمت ذمتك مَلكْتُكَ ، مَنْفَعَتَها ، أَجرتكها لا بِعْتُ ، وقبول).

أى : إنما تصح الإجارة بهذه الأُمورالتى نذكرها ،فمنها ، الصيغة ، وهى الإيجاب والقبول ، كأجرتك هذه الدار ، وأكريتها شهرا بكذا ، فيقول على الاتصال : قبلت أَواستأَجرت أَو أَكريت ، فكذلك ملكتك منفعتها ، شهراً بكذا ؛ لأَن الإجارة تمليك المنفعة ، فلو قال : أَجرتك شهرا بكذا ، فكذلك على الأَصح ، ويكون ذكر المنفعة تأَكيدا ، كقوله فى البيع بعتك عين هذه الدار ، وقيل لايجوز ؛ لأَن لفظ الإجارة إنما وضع مضافاً إلى العين ، ولو قال بعتك لم يجز ؛ لأَن البيع موضوع لملك الأَعيان ، فكما لا ينعقد بلفظ الإجارة لا تنعقد الإجارة بلفظه ، فإن قال : أَلزمت ذمتك عمل كذا صح ، وأَغنى عن أَلفاظ الإجارة

---

(١) فى الإجارة بتثليث الهمزة والكسر أشهر من آجره بالمد يؤجره إيجاراً ، أو بالقصر يأجره بضم الجيم وكسرها أجراً ، وهى لغة إسم للأجرة وشرعاً عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم ، وبينت فى الأصل ماخرج به والجواب عما أورد عليه ، وأن المعقود عليه سواء كانت إجارة عين أوذمة هو المنفعة لامحلها ، وأن الخلاف فى ذلك ليس خلافاً محققاً ، من كل وجه وإن أبدى له فوائد كثيرة وأركانها أربعة الأول العاقدان ، وشرطهما كالمتبايعين إلا أن للكافر استئجار المسلم وإن أمر بإيجاره لمسلم فى العينية كما قدمه ، وبه يعلم أنه لم يغفل شروط العاقدين هنا ، بل استغنى بذلك المعلوم منه أنهما كالمتبايعين عن التصريح بههنا ، وللسفيه على ماقاله الماوردى والرويانى أن يؤجر نفسه ، لما لا يقصد من عمله ، كالحج ، كما له التبرع به ، بل أولى ، ولا يصح اكتراء العبد نفسه من سيده ، وإن صح شراؤه نفسه منه كما أفتى به النووى ، ويوجه بأن الثانى جاز على خلاف القياس لمصلحة العتق ، والأول ليس فيه ذلك ، الركن الثانى الصيغة من إيجاب وقبول ، وشرطهما مامر فى البيع بتفصيل إلا عدم التأقيت ، فحينئذ صح إجارة بإيجاب لخ / ف وهى جائزة بالكتاب والسنة والإجماع فقد أجمعت الصحابة والتابعون على جوازها وأما الكتاب فقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » آية (٦) من سورة الطلاق ، وأما السنة، فالأحاديث فيها كثيرة منها « اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» ص ٦٥ حـ ٣ بلوغ المرام وروى البخارى أنه عليه الصلاة والسلام قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، وعد منها « رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره » ص ٦٤ حـ ٣ بلوغ المرام .

وتمليك المنفعة ، وإنما سكت عن التمثيل للقبول لظهوره ، وسكت فى الحاوى عن قوله : أَلزمت ذمتك ، وكان ذكرهُ أَهم من ذكر أَكريت؛ لكونه أَبْعَدَ منه شبها بأَجرت .

وقوله : (بأَجْرٍ[1] له حكمُ ثمنٍ ، فى عَيْنِيَّة ، كاستأْجرتك ، وله حكم رأس مال سلم ، فى إجارة ذمة ، ومطلقه حالٌّ . وبَطَل بعِمَارةٍ ، وبجزءٍ مما عمل فيه) .

أى : وصحتها بإيجاب وقبول مع أَجْر له ، أَحد أَركانها ، وإن كانت الإجارة واقعة على العين ، كما إذا استأْجر داراً تَسْكُنها دابته ، أَو دابة معينة ليركبها ، أَو رجلا ليحج عنه ، أَو يعمل له عملا ، فللأُجرة حكم الثمن فى البيع ، وإن كان معيناً اشترط أَن يكون مرئياً ، ولا يشترط العلم بقدره ، بل تصح بِصُبْرَةٍ من الدراهم ، وإن كان فى الذمة فهو كالثمن فى الذمة يجوز تأْجيله وتعجيله وتنجيمه ومطلقه حالّ ، ويجوز الاعتياض عنه ، والحوالة به وعليه ، والأَصح أَن قوله : استأْجرتك إجارة واقعة على عَيْنه ، وقيل : على ذمته ، ولهذا خصه بالتمثيل ، وإن كانت الإجارة فى الذمة كما إذا استأْجر دابةً موصوفة ليركبها ، أَو أَلْزَمَ ذمته حَجًّا ، أَو عملا كخياطة ثوب ، فإن الأُجرة والحالة هذه لها حكم رأس مَال السَّلَم ، فيشترط قَبْضه فى المجلس ، ويجوز أَن يكون معينا ، وأَن يكون فى الذمة ، فإن أَجَّله فسد العقد ، وإن أَطلق حمل

---

(١) هذا هو الركن الثالث من أركان الإجارة وهو الأجرة ويشترط فيها مامر فى الثمن من كونها معلومة جنساً وقدراً وصفة ، إلا أن تكون معينة فيكفى رؤيتها ، ويشترط فى صحة إجارة الذمة تسليم الأجرة فى المجلس وأن تكون حالة كرأس مال السلم ، لأنها سلم فى المنافع ، فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها . /م .

حمل على الحالّ ، وصح اشتراط تسليمه فى المجلس له ، ولا تصح الحوالة به ولا عليه ،ولا الاستبدال به ولا إبراء عنه ،ولا تصح إجارة دار بعمارتها ، ولا بدراهم على أن يُعمِّرها بها ؛ لأَنها تصير إجارة بدراهم وعمارة فهى مجهولة ، ولا تصح إجارة على عين بجزء منها بعد العمل ، كطحن البر بالنخالة ، أَو بجزء من الدقيق ، وسلخ الشاة بجلدها ، أَو إرضاع الرقيق بجزء منه بعد الرضاع ، أَما بجزء قبله فجائز كطحن البر بجزء من البر ، ونقل الإمام والغزالى عن الأَصحاب أَن الاستئجار لإرضاع الرقيق بجزء منه قبل الرضاع لا يجوز ؛ لأَن شرط العمل أَن يقع فى خالص ملك المستأَجر ، واعترض عليه بأَن القياس الجواز ، ولا يضر وقوعه فى المشترك ، أَلاترى أَن أَحد الشريكين لو ساقاه صاحبه وشرط له زيادة من الثمرة جاز ،وإن وقع العمل فى المشترك ، قال الرافعى : وظاهر المذهب مال إليه ، وقوله[1] فى الحاوى : بأَجر مشاهد إلى قوله : كاستأَجرتك ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَن قوله :مشاهد ، أَراد به قد شوهد ، ولا يشترط أَن يكون مشاهدا حال العقد . فلو قال : بأَجر شوهد لكان أَخصر .

الثانى : أَنه قدوصف الأَجر بأَوصاف عدها ، ثم قال فى آخرها : إلا فى الإجارة العينية ، يتوهم الناظر فيه أَن الاستثناء من جميع الأَوصاف ، وإن علم الفقيه بفقهه أَن من قوله :حال ، إلى آخره ، صفة

---

(١) وفى ح « بأجر مشاهد أو معلوم فى الذمة لا بالعمارة وجزء محل العمل بعده ، وإن أطلق الأجر تعجل حال مقبوض يمتنع استبداله والحوالة به وعليه وإبراؤه لا فى الإجارة العينية كاستأجرتك » .

للأجر الواقع إجارة فى الذمة وأن ماقبله صفة للأجر الواقع فى إجارة العين

وقوله : (فى محض[1] منفعة متقوِّمةٍ ، مقدورة التسليم ، شرعاً ، معلومة ، تقع للمستأجر ، وفى امرأةٍ لرضاع وبئْر لاستقاء) .

أى : وتصح الإجارة للمرأة لإرضاعٍ ، وفى البئر لاستقاءٍ ، وإن كان يتضمن عَيْناً ، وهذا على قولنا : الماء مملوك وهو الصحيح ، وكل منها يتضمن منفعة وعَيْنا ، فالمنفعة فى الإرضاع وضع الطفل فى الحجر ، وإلقامه الثدى وعصره له بقدر الحاجة ، والعين اللبن ، والمنفعة فى البئر الوقوف فى مكان الاستقاء ، والانتفاع بمكان الماء والعين الماء ، ولا يَخْتص ذلك بالبئر ، بل للقناة ونحوها حكمها ، وجوز فى هذين للحاجة ، ولا يجوز استئجار شاة للرضاع ، وسيأتى الكلام على باقى المسائل فى مواضعها قريباً إن شاء الله تعالى ، وقوله فى الحاوى : فى رضاع المرأة ومحض منفعة ، فيه أمران :

أحدهما : أن بعض شراحه اعترض عليه فى إفراد الرضاع على المنفعة المحضة ، وقال : يفهم أن العين هى الأصل التى تناولها العقد فهو وجه ضعيف ، والأصح أن الأصل فعلها ، واللبن يستحق تبعا قلت : لا اعتراض عليه ؛ فإنه إنما أفرد عن المنفعة المحضة ، ولا قائل

---

(١) يشير إلى الركن الرابع وهو المنفعة ويشترط فيها أن تكون منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم وأن يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، فلاتصح إجارة الشمعة للإنارة لأنها تذهب بعينها ولا يصح إجارة التفاحة لشمها لأنها منفعة غير مقصودة ، واستئجار بياع على كلمة لا تتعب ، وخرج يقابله للبذل والإباحة منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، وخرج بعوض هبة المنافع والوصية بها وخرج بمعلوم المساقاة والجعالة ، لخ /هـ .

بأن الرضاع منفعة محضة ، وقد قالوا : استُحِق به عين ومنفعة ، بل ذكروا فى العزيز والروضة أنه يجوز على الأصح الاستئجار للرضاع مع نفى الحضانة ، ونقلا عن الإمام أن المراد بنفى الحضانة هنا فعل الإرضاع ، وأما الحضانة بالتفصيل الذى يذكره فيجوز قطعها عن الإرضاع .

الثانى : أنه اقتصر فى غير المحضة على إرضاع المرأة ، واستئجار البئر فى الاستقاء وارد عليه إذا قلنا بالأصح أن الماء مملوك .

وقوله : (لا كَلِمَةٍ بلا تَعَب ، ولاَ تَزْيِين بطَعَام ، ودَرَاهِمَ لا بِعُرىٍ ونَفْعِ كَلْبٍ) .

أى : لا يصح الاستئجار لبيّاع ونحوه كلمة البيع ، أو كلمةً يروِّج بها السلعة ولا تعب منها ، فإن احتاج إلى تعب كالحفظ والحمل إلى السوق جاز الاستئجار ، وإن استأُجر لعقد البيع ظاناً بأنه يصح فتعب وتردد وباع استحق أجرة المثل ، ولا يصح استئجار الدراهم والدنانير غير[1] المعراة والطعام لتزيين الحوانيت ، لأن ذلك منفعة ضعيفة ، ويصح استئجار المسك والرياحين للشم ، لا التفاح إلا الواحدة ، وفى استئجار الشجر لتجفيف الثياب والاستظلال أو ربط الدواب بها والببغاء للأُنس بصوته والطاووس للونه وجهان ، وصحح الجواز ولا يصح استئجار الكلب للنفقة على الصحيح ، لأنه وإن جوزنا

---

(١) أى التى أزيل ضربها وأعدت للسبك شيئاً آخر كالحلى مثلا . /م

اقتناءه لذلك فإن منفعته لا قيمة لها كعينه، وقيل يجوز استئجاره للصيد والحفظ ، وأما استئجار البازى والفهد للاصطياد والهرة لطرد الفأر فجائز ، وأطلق فى الحاوى[1] منع جواز إجارة الدراهم ، والدنانير للتزيين، وذلك إذا كانت غير معراة ، أما بعد أن تُعَرَّى وتُعَدَّ حليا ، فيجوز استئجارها .

وقوله : (ولا أرض زَرْعٍ بلا ماءٍ غالب ، فإن نفاه ، فله غير غرس ، وبناء ، وبانتفع ما شئت كلٌ) .

أى : لا يجوز استئجار أرض الزراعة للزراعة ، إلا إذا كان لها ماء ، وهذا الذى احترز بقوله : مقدور التسليم ، فإن كانت للأرض ساقية ، سقيا يكفيها ، أو لها ماء عُدَّ متى أَرَادَ سقاها به ، وصحت إجارتها للزرع ، لأن المنفعة مقدورة التسليم ، كذلك إذا كانت فى جهة يغلب فيها حصول المطر كقبض أرض الجبال ، وكان يكفيها فى العادة ، فهذه أيضاً تصح إجارتها قبل أن يسقى ، فإن كانت لا يغلب على الظن سقيها واستأجرها لم تصح ، سواء استأجرها للزراعة أو مطلقاً ، وإن قصد الانتفاع بها فى غير الزراعة ، فلابد من التصريح بالصارف ، كاستأجرتها للبناء ، أو لحفظ الدواب فيها أو على أنها أرض لا ماء لها ، فيعلم بهذا أن المقصود غير الزراعة لكن ليس له أن يبنى فيها ولا أن يغرس إلا إن صرح أو قال: انتفع بها كيف شئت ، وكذلك الأرض التى تعلو النيل والفرات ، إذا كان الغالب أنه يعلوها ويتحصل

---

(١) وفى ح « لالكلمة بلا تعب وتزيين بالدراهم » .

عنها فى وقت الزراعة جاز استئجارها قبل أن يعلوها ، وإن استأجرها بعد أن علاها وكان انحصاره عنها غير موثوق به لوقت الزراعة لم تصح إجارتها .

وقوله : (ولا لمستقبل ، فى عَيْنِيَّة إلا من مستأجر[1] أو متعاقبين أو فى حَجٍّ ووقت السفر ويتهيأ[2]) .

أى : ولا يجوز الاستئجار بمستقبل من الزمان فى إجارة العينية ، فلو قال : أَجَّرْتُك هذه الدار للسنة المستقبلة أوالشهر الآتى أو سنة ابتداؤها من غد لم يصح ؛ لعدم القدرة على الانتفاع فى الحال ، فلو قال : أجرتك سنة ، فإذا انقضت فقد أجرتك السنة الأخرى ، فالإجارة الثانية باطلة ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك ، أما الإجارة إذا كانت فى الذمة فإنها تحتمل التأخير ، كما إذا قال : أَلْزَمْتُ ذمتك حَمْل كذا غدا أو مستهل الهلال صح ، كما لو أسلم فى شىء مؤجلا ، وإن أطلق حُمِل على الحال ، ولو أجر داره من زيد سنة ثم أجرها السنة الأخرى — قبل تمام السنة — من عمرو لم يصح ، ولو أجرها من زيد صح على الأصح ؛ لاتصال المدتين ، كما لو أجرها منه فى عقد واحد ، وَنَقَل الرافعى

---

(١) له كأن أجر زيد دارا سنة ثم فى أثنائها ، أجره سنة تليها لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر بخلاف إيجارها من غيره ، ولا يؤثر فسخ الأولى لعروضه ، وخرج بأثنائها، أجرتك سنة فإذا انقضت فقد أجرتكها سنة أخرى ، فلا يصح العقد الثانى . ف

(٢) أى سفر الناس من بلد الإجارة للحج ، والمراد بوقته مايشمل زمن التهيؤ له فيغتفر فى تقديم العقد على الخروج بالمدة ، التى يتهيأ للخروج فيها نحو شراء زاد وتحصيل مركوب ، للحاجة أما الاستئجار لهبنحو مكة فلا يجوز إلا فى أشهر الحج ، لتمكنه من الشروع عقب العقد ، أما إجارة الذمة فيجوز تقديماً على وقت الخروج كما يجوز للعمرة مطلقاً لإمكان الإحرام بها عقب العقد وبه يعلم استثناء من عليه بقية نسكه لأنه لايصح الإحرام بها حينئذ /ف

عن صاحب التهذيب ، أنَّه لو أَجر زيدا سنة ، فأَجر زيد عمراً تلك السنة أَن لعمرو أَن يستأجرها السنة المستقبلة من المالك دون زيد ، ونقل عن القفال عكس هذا إجارتها من زيد دون عمرو ، ونقل عنه أَيضاً ، أَنه لو أَجرها المالك من زيد سنة ، وباعها فى أَثنائها لم يكن لزيد أَن يستأْجرها السنة الثانية من المالك الثانى قبل انقضاء مدة الإجارة ، لأَنه لَمْ يعاقب ، والذى يأْتى على صاحب التهذيب أَنه يجوز ؛ لأَنه ينظر إلى اتصال المدتين ، لا إلى العاقد ، والقفال ينظر إلى العاقد لاتصال المدتين ، وقد مال الرافعى إلى كلام صاحب التهذيب من اعتبار اتصال المدتين عند انتقال الملك فى المنفعة ، وسكت عن أَن يقتضيه كلامُه عند انتقال الملك فى الأَصل ، والحكم واحد ، وكلام صاحب الحاوى موافق لكلام صاحب التهذيب ؛ لأَنه قال : لا من المستأجر وأَطلق ، ولا تبطل فى كراءِ الْعُقْب ، وهو أَن يكترى اثنان دابة ليركب هذا وقتاً وهذا وقتاً ، وهذه الإجارة صحيحة ، عَيْنِيَّة كانت أَو غيرها ، لاتصال زمان الإجارة فى مجموع حقيهما ، وإنما المكتريان يقسمان الحق الثابت لهما ، فإن اكترى المالك رجلا ليركب عقبه فالمالك عقبه ، فإن عقد على أَن المالك يبدأُ لم يصح ، أَو على أَن المكترى يبدأُ صح ، وكأَنَّه أَجَّره نصف المدة ، أَو المسافة ثم يقسمان بعد ، وإن عقد اثنان على التعاقب وكان التعاقب فى تلك الطريق عادة مضبوطة ، بأَن يركب هذا يوماً وهذا يوماً ، وهذا فرسا وهذا فرساً جاز ، وإلا وجب تقدير العقب ، وإن اختلفا فيمن يبدأُ أُقْرِع بينهما ، وكذلك الآفاقى البعيد إذا استؤجر للحج فى غير أَشهره ، فإنه يجوز ،

وإن كانت أَعماله لا تقع إلا فى الزمان المستقبل ، لكن **لا يصح إلا** إذا حصل العقد فى وقت الخروج للحج ، ويعذر فى التقدم عليه بمدة التهيؤ من شراءِ الزاد والمركوب ونحوه ، فإن زاد على ذلك بطلت. وأَما المستأْجر فى المدة للحج ، فيعقد متى شاء ويخرج أَجيره متى شاء .

وقوله : (وبطلت فى حُرَّةٍ مُزَوَّجَةٍ ، إلا بإِذن زَوْج ،أَو منه ولو لولدها وفى قلع سِنٍّ أَن حَرُمَ) .

أَى : ولا تصح إجارة الحرَّة المزوجة إلا بإذن زوجها ؛ لأَن أَوقاتها مستغرقة بحقه ، فإن أَذن جاز أَن يستأْجر للرضاع وغيره ، ويجوز للزوج استئجارها للطبخ وغيره ، وكذا الإرضاع على الأَصح ، وقيل : لا يجوز ؛لأَنها أَخذت عوضاً للاستمتاع ولا تستحق شيئاً آخر ، قال الرافعى : وهذا على منفعة منقوص باستئجارها لسائر الأَعمال ، وأَما الأَمة فللسيد تأْجيرها نهاراً ، ولا تنفسخ الإجارة بعقد النكاح على الحرة ، كذلك لا يجوز الاستئجار لقلع السن الصحيحة لغير قصاص ؛ لأَنه يحرم، وإن استأْجر لقلع سِنٍّ فاسدة ،فصحت ، بطلت الإجارة ، والمعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عَنْه حِسًّا ، ومن نحو هذا احترز بقوله : شرعاً .

وقوله : (وفى قُرَب كَإِمَامَة وَقَضاءٍ وَنَذْر ، وَتدْرِيسِ عام ، وَصَحَّتْ بِصَرْفِ زكاة ، وتَجهيزِ مَيِّت وَأَذان وتعليم قُرْآن ، وللإِمَام اسْتِئْجَارُ ذِمِّى لجهاد) .

أي : ولا يجوز الاستئجار لِفِعْلِ القرب التي لا يستنابُ فيها كالصلاة والصيام؛ لأنها لا تقع لغير مباشرها ، وهذا ما احترز عنه لقوله : تقع للمستأْجر ، وَالْقُرَبُ على نَوْعَين : نوع تدخله النِّيَّة فلا يصح الاستئجار فيها إلا بما دخله النيابة كالحَجِّ وتفريق الزكاة .

والذى لا يفتقر إلى النيّة قسمان : القسم الأَول فرض كفاية . وفرض الكفاية على نوعين : أَحدهما ما يختص افتراضه بشخص ثم يؤمر به غيْرُه ، فإن عَجَزَ كتجهيز الميت بالتكفين والْغَسْل والدفن ، فإنها تختص بتركته ، فإن فقدت فعلى الناس ، فيجوز أَن يستأْجر لها من لم يتعين عليه ، وكذا من تعينت عليه على الأَصح ، الضرب الثانى : ما يثبت افتراضه فى الأَصل شائعاً كالجهاد والقضاء والتدريس العام ، فلا يجوز الاستئجار عليه ، ويجوز للإمام استئجاره ، والذمى للجهاد لأَنه ليس من أَهله ، ولا يجوز لغيره على الأَصح ؛ لأَن غيره لا يتولى المصالحة التامة ، والقسم الثانى ، شعار غير مفروض ، كالأَذانِ وتعليم القرآن ، يجوز الاستئجار عليه ، ولو لآحاد الناس بخلاف الإقامة ؛ لأَنه مُصَل لنفسه ، ويجوز الاستئجار لتعليم مسأَلة أَو مسائل كتاب معروف بخلاف التدريس العام ، وأَطلق فى الحاوى[1] منع التدريس مطلقاً ولا بُدَّ من هذا التفصيل .

وقوله : (ولِيُعَيِّنْ قدر المنفعة ، بزمن تبقَّى فيه ، أَوبمحل العمل ،

---

(١) وفى ح « ولا يجوز للقرب كالإمامة والقضاء والتدريس ويجوز للزكاة ولتعليم القرآن وتجهيز الميت » .

لا بهما ، والرضيع وموضعه ، وَطُول بناءٍ وَعَرْضُهُ وموضعه بارتفاعٍ ، وَكَيْفِيَّةٍ فى سقف ، لبناءٍ ، وما قدر بعمل) .

أى : وهذا الذى أشار بقوله معلومة فيشترط العلم بالمنفعة وإن كانت فى إجارة عينية ، على أنا قد شبهناها بالبيع ، والمبيع تكفى فيه المشاهدة دون العلم بقدره ، والعرف أن المنافع ليس بها حصول أو محقق ، وإنما هى متعلقة بالمستقبل ، فالمشاهدة لا يطلع منها على العرض ، ولك فى معرفتها طريقان : أحدهما : التقدير بالزمان ، كالسكنى للدار سنة ، والثانى : لمحل العمل ، كاستئجار الخياط بخياطة ثوب معين ، والدابة لركوب مقدار ، وأما العقار والإرضاع فلأنه لا يمكن الضبط فيهما إلا بزمان ويبقى فى ذلك كله ، ويجوز تأجير العبد إلى ثلاثين سنة ، والدابة إلى عشر سنين ، والثوب سنة أو سنتين ، إن اقتضى ذلك ، وإذا استأجر بخياطةٍ ، فإن كانت فى الذمة اشترط تعيين الثوب ، فيقول : أَلزَمْتُ ذمتك خياطة هذا الثوب ، ولو قال خياطة ثوب وَوَصَفَه لم يجز ؛ لأنه لم يعين خياطة ولا ثوباً ، وفى المعينة يقول استأجرت لتخيط لى هذا الثوب ، ويجوز أن يقول : لتخيط لى يوما أو شهرا على الأصح ، ولكن عليه أن يبين الثوب ،وما يريد منه من قميص أو سراويل أو قباءٍ والطول والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة أهى رومية أم فارسية ؟ إلا أن المرد العرف ، وإن جمع بين طرفين فى التقدير ، وقال : استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب اليوم لم يصح ، لأن ذلك غرر ، لا حاجة إلى احتماله ؛ لجواز انتهاءِ اليوم قبل فراغ العمل وانتهاءِا لعمل قبل اليوم ، ويعين الرضيع فى الاستئجار للإرضاع ، ويقدر بالزمان ، ويبين الموضع

الذى يوضع فيه ، ويبين فى استئجار المكان للبناء طول البناء وعرضه وموضعه ، سواء كان البناءُ على الأَرض أَو على سقف، ثم إن كان على السقف ومقدر بالعمل اشترط بيان قدر الارتفاع وكيفية البناء ، وهل هو مُقَّصِد أَو مجوف ، إذ ليس البناءُ على الأَرض كالبناء على السقف من حيث إنه لم يحمل ما تحمله الأَرض ، وقوله[1] فى الحاوى : وقدرنا فى الزمان – وإن طال – ليس على إطلاقه ، بل يعين زمانا يبقى فيه المعقود عليه كما بينَّاه .

وقــوله : (وعُرِفَ راكِبٌ برؤيةٍ أَو بوصفِ جُثَّة ، ومَحْمِل[2] يختلف ، ومَعَالِيقُ[3] بها أَو بوصف ووزن) .

أَى : ومن أَجر دابة وجب أَن يعرف الراكب بالرؤية ، وهذا ماقطع به الجمهور ، وأَلْحق الإمام والغزالى الوصف التام بالرؤية وصححه فى الروضة ، ثم ذكر فى الوصف وجهين : هل يكفى ذكر الضخامة والنحافة ،؟ أَم لابد من الوزن ؟ ولم يصححا شيئا ، لكن قطع فى الحاوى الاكتفاء بالوصف المجزئ وبه قطع فى التتمة ، ويشترط أَن يعرف المحمل إن اختلف بمشاهدة أَو بوصف وَزْن ، والمعاليق كذلك وإن لم يشترط المعاليق لم يستحق حملها ، وقوله فى

---

(١) وفى ح « ويعين قدر المنفعة إما بالزمان وإن طال أو بمحل العمل لابها » . وقوله متصد = مغلق

(٢) أى فى العادة ضيقاً وخفة وضدهما / ف .

(٣) جمع معلوق وهو السفرة والأدوات والقدر والقمقمة ونحوها مما يحتاجه المسافر لطعام وشراب وحاجته للطهارة وقضاء حاجته ونحو ذلك ، ﻫ .

الحاوى : وعرف الراكب رؤية أو ذكر ضخامته ، أو نحافته ، والمحمل سعة وضيقا ، ووزنه ، وقدر الطعام الذى للأكل وتفصيل المعاليق فيه أمران :

أحدهما : قوله : والمحمل سعة وضيقا ، أطلق ذلك وهو ما اختاره الغزالى ، والذى صححه الرافعى والنووى أنه إذا كانت محامل قوم متساوية لا يختلف اكتفى بالعرف فيها .

الثانى : قوله : وتَفْصيل المعاليق ، ظاهره الاكتفاء بالتفصيل دون الوزن ، الأصح المذكور فى العزيز والروضة اشترط مشاهدتها ، أو الوصف التام أو الوزن .

وقوله : (ودابّة برؤية ، وللذمة بجنس ونوع ، وذكورة أو ضدها ، لنحو زجاج مع سَيْر وسُرى ، وضدها لراكب لا غيرهما ، ولكل محط اختلف) .

أى : إذا اكترى دابة بأن كانت مُعَيَّنة فلابد من رؤيتها ، وإن كانت فى الذمة نظرتَ ، فإن استأجرها المحمول غير زجاج ونحوه ، من فخار لم يشترط وصفها ، إذ الغرض إيصال المتاع ، وإن كانت لركوب أو لحمل زجاج أو فخار ونحوه اشترط وصف الدابة ؛ لأن الغرض يختلف بذلك ، فتذكر الجنس أهى فرس أم بغل أم حمار ؟ ويذكر النوع أمن الخيل العربية أم من غيرها ؟ ، وهل ذكر

أَم أُنثى ؟ فإن الأُنثى سهل وذكر أَقوى ، وهذا يشترك فيه الراكب والزجاج والفخار ونحوه ، وينفرد الراكب باشتراط ذكر سيرها[1] من كونها مهلجة ، أَو بحراً أَو قطوفا ، ويشترط ذكر السرى بالليل ، والمسير بالنهار ، ويشترط ذكر المنازل قرباً وبُعْداً ، حيث لا عرف ، وإن ضبطها عرف كفى ، وهذا الأَخير وهو ذكر المنازل إذا لم يكن لها عرف ، ويشترط فى كل محمول كما هو مقتضى كلامهم ، ولم يذكر فى الحاوى اشتراط ذكر الذكورة والأُنوثة لنحو الزجاج ولابد منه كما نصوا عليه .

وقوله : (والمحمول كزاد قَدْراً وجنسا : أَو رآه أَو امْتَحَنَه بيده ، وزيد فى مائه من بر لا مما شئت ظرف فيعرف ان اختلف) .

أَى : وإن أَجر دابة للحمل فلابد أَنْ يعرف المحمول مقدراً بالكيل والوزن ، وإن كان حاضراً ظاهراً أَورآه كفى ، وإن كان فى ظرف امتحنه باليد تخميناً لوزنه .

ولابد من ذكر جنسه عند عدم الحضور ، لأَن التأْثير بما بين الحديد والقطن المتساويين فى الوزن يختلف ، وكذا الزاد يحمله الراكب معه لا يدخل إلا إذا شرط ، وبُيِّن جنسا وقدرا ، أَو وزنا أَو كيلا ، أَو رآه كما ذكره فى المحمول .

---

(١) من كون السير متوسطاً أو مسرعاً أو بطيئاً كما أشار إلى ذلك بمهلجة وبحراً وقطوفاً بترتيب ماذكر /م .

وأهمل فى الحاوى ذكر جنس المحمول ، ولابد منه كما نصوا عليه ، نعم لو قال : احمل ما شئت مقدراً بالوزن جاز ، أو بالكيل لم يجز على الأصح فيهما .

وإذا ألزم ذمته حمل مائة من بُرٍّ استحق حملها وحمل الظرف معها ، فإن كانت الظروف لاتختلف جاز ، وإن كانت الظروف تختلف فلابد من معرفة الظرف ، وإلا فسد العقد ، وإن لزم ذِمَّته حمل مائة مما شاء وإن لم يعين جِنسا صح ، ودخل الظرف فى الوزن ، فلا يحتاج إلى معرفته ؛ لأنه موزون مع ما فيه ، وقوله فى الحاوى[1] : مَنٌّ بُرٍّ مَع الظرف ومَنٌّ بُرٍّ دونه أُدْخِل الظرف عند الإطلاق على مقتضى إطلاقه إن ذكر الجنس لايجب ، والأصح أنه لا يصح العقد إذا أُهمل الجنس ، إلا إذا قال : احمل مائة مما شئت لا مائة قفيز ونحو ذلك

وقوله : (ولحرث وحفر شدة ولين ، ولاسْتِقَاءٍ موضع بئرٍ وعُمْقُها ، ودَلْوٌ وعدد أو مُدَّةٌ ،[2] والآلة عليه فى اسْتِقَاءٍ التزمه).

أى : وإذا استؤجر للحراثة وجب معرفته للأرض شدة وصلابة أو رخاوة ، وكذلك إذا استؤجر لحفر البئر والنهر ، ولابد من التقدير بالزمان أو بالعمل فيه ، فيقول فيه بالعمل احْرثْ لى هذه القطعة

---

(١) وفى ح « ولمائة من مع الظرف ومن بر دونه فيعرف الظرف إن لم ينضبط » .

(٢) كأن يقول لتسقى بهذه الدلو من هذه البئر اليوم ، وإن لم يبين الأرض إذلا تأثير باختلافها ، حينئذ بخلاف مامر فى الحرث ، نعم يشترط فى إجارة الذمة ذكر جنس الدابة ، نظير مامر فى الحرث ، ولايكفى التقدير بالأرض لعدم انضباط ريها / ف

وبالزمان احرث لى شهرا أَو احفر لى شهرا ، ويُعَين الدابة فى إجارة العين المقدرة بالزمان ، لأَن العمل يختلف بذلك ، ولا يشترط فى المقدرة بالعمل ، ويشترط ذكر الطول والعرض والعمق فى حفر البئر ونحوها إن قدر بالعمل ، فإن انهار شئ من المحفور فى البئر لم يلزم الأَجير إخراجه ، وإن وجد شدة فى البئر، وكان بحيث يعمل فيها المعول وجب الحفر ، وإن لم يقدر فيها ، أَو خرج الماء قبل إتمام الحفر انفسخ الباقى لا فى الماضى ، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقى ، وإن استؤجر لاسْتِقاءٍ فلابُدَّ من معرفة موضع البئر وعمقها والدلو بالمشاهدة أَو بالوصف إن ضبط فيه ، وإن استأْجره للاستقاءِ وقدرنا بالزمان ، كَاسْقِ لنا هذا اليوم صح ، وإن قدرنا بالعمل وجب ذكر عدد الدلاء والآلة المستقى بها إذا التزم الاستقاء فى ذِمَّتِه .

وقــوله : (وعلى مُكْرٍ تفريغُ دار وبئر حُشٍّ ، وبالوعةٍ ، ابتداء فقط ، ومِفْتَاحُ[1] وحده بلا إكراهٍ ، كَعمَارَة ونزع من غاصب) .

أَى : ويجب على مُكْرِى الدار تسليمها فارغة البالوعة وبئر الْحشِّ[2] ولا يجب تفريغها إذا امتلأَت مع المستأْجر ، بل يجب التفريغ عليه ، لأَن الامتلاء حصل بفعله فصار كنقل الكُنَاسات الحاصلة فى دوام الإجارة ، ونقلها على المستأْجر ؛ وكذا نقل الرماد

---

(١) يغلق مثبت تبعاً له ، بخلاف قفل منقول ومفتاحه وإن اعتيد ،وهو أمانة بيده فلا يضمنه بتلف بلا تفريط / ف

(٢) أى البئر الذى تجتمع فيه القاذروات سواء كانت نجسة أم لا ، وإن كان الغالب فيها التنجيس /هـ .

على الأَتون[1] ، وما حصلَ من أَسفل الدار من ثلج لا يلزم المؤجر كشحه ، بخلاف ما وقع من على السطح فإنه يطالب به ؛ لأَنه من عمارة الدار ، فإن حصل به خراب فله الخيار ،وكذا مفتاح الداروويجب أولا على مكرى الدار للتمكين من الانتفاع ، ولا يجب عليه القفل إذا كانت عادتهم الأَقْفال ، لأَنه منقول لا يتبع فى البيع والمفتاح تابع ، فللمستأْجر الخيار إذا لم يبذل المؤجر المفتاح ولم يعمل الخراب ،حتى لو وكف السقف لعدم التطيين ثبت له الخيار إلا أَن يصلحه،وإذا غصب الدار المستأْجرة لم يلزم المالك نزعها من الغاصب وإن قدر ، وقال القونوى ، ينبغى إذا قدر أَن يلزمه ، لكن مقتضى ما نصوا عليه من أَنَّه لا يجب عليه دفع الحريق عنه ، ولا دفع الغاصب يقتضى بأَنه لا يلزمه الاسترجاع ، فإن كانت فى الذِّمة يلزمه إبداله ، وقوله فى الحاوى : والمفتاح بلا تجديد والعمارة بلا إكراه ، مشكل مصرح بأَن إبدال المفتاح لا يستحق ، مقتضاه أنه لا فسخ للمستأْجر إذا لم يبدل به ، بخلاف العمارة ، وليس كذلك ، بل هما سواء يطالب بهما المؤجر ، فإن امتنع من ابدال المفتاح وعمارة الدار لم يجبر ، وثبت الفسخ للمكترى كما هو المعروف ، فى العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (وعليه[2] إكَافٌ وحزامٌ وثفر وبُرَةٌ ، وخِطَامٌ ، وفى إجارة ذِمّة وإعَانَةُ راكب ضعيف ورفع حِمْلٍ ومَحْمِل ، وحَطٌ وظرْف) .

---

(١) الأتون وزان رسول قال الأزهرى هو لحمام والجصاصة وجمعته العرب أتاتين بتاءين نقلا عن الفراء ، المصباح /م .

(٢) أى المكرى أيضاً فى إجارة دابة لركوب إجارة عين أوذمة إجارة مطلقة مايتوقف الركوب عليه /ف .

أى : وعلى المكرى الإكاف ، وهى للحمار والبغل مكان السرج للفرس والحزام ، وخطام وثغر وهو ما يجعل تحت الذنب ليحفظ الإكاف والسرج من التقدم ، والْبُرَةُ وهى حلقة من صُفر[1] تجعل فى لحم أَنف البعير يستوى فى وجوب الجميع على المكرى فى إجارة العين والذمة ، وقيل ليس : عليه فى إجارة العين إلا الدابَّةُ مُعَرَّاة من جميع ذلك ، ويجب على المكرى فى إجارة الذمة خاصة إعانة الراكب بالخروج مع دابة وسوقها ، وإعانته بالركوب والنزول ، فإن كان ضعيفاً كالمرأَة والمريض والشيخ الكبير ومُفْرِطُ السِّمَن وجب أَن يُنِيخ لهم لعجزهم ؛ ولأَن المرأَة قد تنكشف ، ويقرب لهم البغل والحمار من موضع مرتفع ؛ ليسهل الركوب ، والاعتبار فى القوة والضعف بحالة الركوب لا حالة العقد ، وإذا نزل الراكب لما لا ينتهى فعله على الدابة كقضاءِ الحاجة والصلاة . لزم المكرى الوقوف بالدابة فى انتظاره فيخفف ، ولا تلزمه المبالغة فى التخفيف ولا القصر والجمع ، وليس له الإبطاء والتطويل ، وله النزول أَوّلا فى الوقت لينال الفضيلة ، وعلى المكرى رفع الحمل والمحمل إلى ظهر الجمل والحطة ، ويجب على الطرف الذى ينقل الحوائج إليه . ولا يجب شىء من ذلك فى إجارة العين ، والفرق أَنه فى إجارة الذمة التزم الذمة من بلد إلى بلد آخر ، وفى إجارة العين لا يلتزم إلا بتسلم الدابة بإكافها ونحوه ، ولا يخفى أَنه لو عقد على الدابة من غير إكاف ولا خطام صح ، ولا يلزمه ، وسكت فى

---

(١) أى من نحاس وهى كما قال توضع فى أنف البعير ويربط بها حبل ليسهل قياده وخاصة إذا كان نارآ أى يخشى من أن يند وينفر / م .

الحاوى [1] . عن ذكر السَّرج ، قد يُوهم أَن له حكم الإِكاف ، والصحيح أَن المتبع فيه العرف كما هو فى العزيز والروضة وغيرهما .

وقـوله : (وعلى مستأْجِرٍ محملٌ وتابِعُهُ ، وفى سرج وخيط وحِبْر وَصَبْغ ، وذَرُورٍ [2] العرفُ وإِلاَّ بيَّن) .

وليس على المؤجر تحصيل المحمل وتوابعه ، من المظلة والغطاء والوطاء والحَبْل الذى يشد به المحمل على البعير اتباعاً للعرف ، فإِن كان فى بلد ، العرف فيه أَن الحبل الذى يشد به المحمل على البعير على المكرى كاليمن ، اتبع فيه العرف ، وأَما إِذا اكترى منه فرساً ليركبه ، واكترى خيطاً ليخيط له قميصاً ، أَو ورقاً لينسخ له كتاباً أَو صَبْغاً لِيَصْبَغ له ثياباً ، أَوكحَّالا ليداويه ، فهل السرج والخيط والحبرة والصبغ الذّرور على المستأْجر أَو على الأَجير فيه ثلاث طرق : أَصحها يتبع العرف فى ذلك ، ذكره فى العزيز والروضة ، وقد خالف صاحب الحاوى الصحيح فى هذه المسائل الخمس ، فإِن لم يكن عرف وجب البيان ، فإِن شرط على الأَجير صح ولزمه ، وفى الرافعى أَنا قلنا لا يلزم الوراق الحِبْر فشرطه عليه بطل العقد ، وأَلحق به الخيط والصبغ والطلع فى التلقيح والذَّرُورة ، فلا يقال إِذاً ، إِن كل ما لم يكن عرف فيه إِذا شُرِط بطل العقد ، وإِنما

---

(1) وفى ح « والإكاف والحزام والثفر والبرة والخطام وفى الذمة إعانة الراكب المحتاج الخ » .

(2) ذرور بفتح المعجمة ما يذره فى العين الكحال فى استئجار الكحال . والإبرة والخيط فى استئجار الخياط والحبر والقلم فى استئجار الوراق للنسخ ، والصبغ فى استئجار الصباغ ولصبغ ، ومرود وذرور بفتح المعجمة فى استئجار كحال وهو ما يذر فى العين .

تَبْطل هذه لأَن من يقول بالصحيح يرى أَنها تابعة ولكنها لا تلزم إلا بُعْرف أَو بشرط ، وأَما الوجه الذى لا يوجبها على الأَجير فيرى أَنها أَعيان غير تابعة فاشتراطها مبطل سواء عُرف أَم لا .

وقـوله : (ولا يتلازم رضاعٌ وحضانةٌ[1] ، فإن أَجّر لهما وانقطع لبن وُزّعَ) .

أَى : وإذا استأْجر للحضانة لم يلزمها الإرضاع ، وقيل يتلازمان ، فإن استأْجرها لأَحدهما لزم الآخر ، وقيل : الرضاع يستلزم الحضانة ولا عكس ،والحضانة عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بالتنظيف والتطهير والدهن والكحل والإِضْجَاع فى المهد وفى تحريكه لينام ونحوه ، فإن كانت الإجارة لهما صحت وانعقدت لهما وإن انقطع اللبن انفسخت فى الرَّضاع وفى الحضانة قولان : تفريق الصفقة ، والأَصح أَنها تتفرق فيُسْقِطُ من الأُجرة قِسْطَ الباقى من مدة الرضاع ، فلو كانت أُجرة كل منهما مثل أُجرة الآخر كان نصف المسمى فى مقابلة الحضانة ، فإن أَرضعت نصف المدة رجع بربع المسمى إن كانت أُجرة مدة الرَّضاع متساوية ، وإن كانت أُجرة نصف الآخر من المدة أَقل أَو أَكثر اعتبر بقسطه .

وقـوله : (وبُدِّلَ بزاد ومستوفٍ ومستوفاً به ، وكذا منه فى ذمة بتلف وعَيْب) .

---

(١) كبرى ، وخرج بها الصغرى وقد مرت ، فلا يتبع واحد منهما الآخر فى الإجارة، لأن كلا منها مقصود بمفرده /ف .

أي : وإذا نفذ الزاد الذى اكترى عليه فى الطريق أو بعضه إما بأكل أو تلف أو سرقة فله الإبْدال به كغيره، ولو استوى سعْره فى المنازل ، ولو شرط أن لا يبدل به إن تلف اتبع الشرط ، ويجوز للمستوفى ، وهو المستأجر ، أن يبدل بنفسه ، فإن استأجر ليركب وهو أركب مثله أو دونه سِمَناً أو نحافة ، كما يجوز أن يؤجر ما استأجره ، وكذلك الثوب يلبسه من هو مثله ، والدار يسكنها مثله فى الضرر لا أكثر كالحداد والقصار ونحوه، وله أن يُبْدل بالمستوفى به كالثوب الذى استأجر الخيط بخياطته يبدله بثوب مثله ، وكذلك الطفل الذى يستوفى به الرضاع يبدله به وغيره ، وإن لم يكن تلف على الأصح ، ولا تنفسخ الإجارة بتلفه على الأصح ، وإذا استأجر دابة لحمل قطن فله أن يبدل الصوف ونحوه ، أو حديدا فله أن يبدل الرصاص ونحوه ، فأما المستوفى منه ، وهو العين المستوفى منفعتها فإن كانت الإجارة على عينها كأجرتك هذه الدابة لم يجب[1] الإبدال بها ، وإن تلفت استحق الإبدال وإن حدث بها عيب فله الاستبدال ، وقوله فى الحاوى[2] : وبدل الطعام للأكل والمستوفى منه فى الذمة بالتلف والعيب ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : وبدل الطعام ، اللغة الفصيحة تقتضى أن دخول الباء إنما يكون على المتروك من مفعولى فعل الإبدال ، قال الله تعالى :

---

(١) ويجوز الإبدال بشرط رضاء المستأجر /م .

(٢) ح « وبدل الطعام للآكل والمستوفى والمستوفى به والمستوفى منه فى الذمة ، بالتلف والعيب ، ويريد بالمستوفى كالراكب مثلا والمستوفى به كالطعام والمستوفى منه كالدار والدابة /م .

(وبَدَّلْنَاهُم) بجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْن[1] ، ولكنه قدورد كما فىالكتاب فى كلام بعض العرب .

الثانى : قوله : المستوفى منه فىالذمة بالتلف إلى آخر قوله بالتلف ، فأوهم أنّه راجع إلى جميع ما قبله ، وهو مختص بالأخير ، وهو مستوفى منه خاصة .

وقــوله : (ونزع لنومِ ليلٍ قميصٌ[2] ونهارٍ ، ولخلوَةٍ فَوْقَانِىٌّ ، ويرتدى بهما ولا يَتَّزِرُ) .

أى : وإذا استأْجر قميصاً وجب عليه أن ينزعه للنوم بالليل ، لأنه جرت العادة بنزعه فيه ، أما النوم فيه نهاراً فمعتاد ،ولا يختص بالقيلولة ؛لأنه لا يطول فى العادة ، ولكن إذا كان فوقانيا ، فإنه يَنْزعه لنوم ليلا ونهاراً ، فينزعه إذا خلا كما هو معتاد ،ويجوز أن يرتدى بالقميص والفوقانى ، ولا يتزر بهما ؛ لأن الارتداء أخف من اللبس والاتزار أضر ، وقوله فى الحاوى : ونزع الملبوس إن نام والفوقانى بالقيلولة والخلوة فيه أمران :

أحدهما : الملبوس يدخل فيه الاتزار ، ولو استأْجر إزاراً لم يلزم نزعه لنوم .

الثانى : تخصيص القيلولة وهو ممنوع من النوم فيه مطلقاً من

---

(١) الآية ١٦ من سورة سبأ .

(٢) وخرج بالقميص الأزار ، فلا يجب نزعه مطلقاً على مافيه مما بينته ثم /ف .

غير تقييد بالقيلولة ، وله النوم فى القميص بالنهار كالعادة ساعة أو ساعتين .

وقوله : (وكوديع أجير ، وحمامى وكذا مستأجر ، ولو بعد مدته ، أو إمكان استيفاء ، وتقرر به أجر ، وإن لم يستوف ولو من حُرٍّ وما فى ذمة[1]) .

أى : والأجير أمين كالمودع فلا يضمن ما استؤجر عليه ، سواء كان مفردا باليد أم لا ، وسواء كان مشتركاً أم لا ، فإذا استأجرت رجلا ليخيط ، أو يعمل لك عملا عندك ، فهذا لا يضمن قطعاً ؛ وإن انفرد باليد ، وإما أن يكون مشتركاً بين الناس ؛ يقبل أعمالهم كالصباغ والحداد والخياط ، ففيه طريقان : وقيل : لا يضمن قطعا ، وقيل : فيه قولان أظهرهما لا يضمن ، وإن لم يكن مشتركاً فكذلك على المذهب ، وأما الحمامى فالأصح أن الذى يأخذ أجرة الحمام والسطل والإزار ، وحفظ الثياب ، فهو مؤجر وأجير ، ولا ضمان عليه على الأصح ، وكذا المستأجر لا ضمان عليه فى العين التى يأخذها لاستيفاء المنفعة منها ، لأنه مستحق للمنفعة ، ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات يده على العين ، فكانت أمانة عنده ، كالنخلة التى يأخذها لاستيفاء المنْفَعة منها ؛ لأنه مستحق للمنفعة وهى الثمرة التى اشتراها ، ولا يكون كالزق الذى قبض فيه سمنا ، اشتراه حيث يكون مضموناً

(١) بأن عين المؤجر الدابة الموصوفة مثلا ، وسلمها أو عرضها على المستأجر ، فتستقر الأجرة أيضاً ، أما الفاسدة فتستقر فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى ، فى الصحيحة غالباً ، وخرج به العقار ، والوضع بين يدى المكترى ، والعرض عليه ، وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة ، فلا تستقر به الأجرة ، فى الفاسدة ، ويستقر بها المسمى فى الصحيحة/ف

عليه على الأَصح ، لأَنه أَخذه لمصلحة نفسه ، ولا ضرورة إلى قبض الثمن فيه ، فَيدُ المستأجر يَدُ أَمَانة ، فى مدة الإجارة وبعد انقضائها ، إن كانت مُقَدَّرَة بالزمان ، أَو بمضى إمكان مدة العمل إن كانت مقدَّرة بالعمل ، وهذا على قولنا ، إن رد العين المستأجرة بعد انقضاء المدة لا يلزم المستأْجر وهو الأَصح . ثم بمضىّ المدة أَو مدة إمكان العمل ، تستقر الأُجرة على المستأجر فى الإجارة الصحيحة بالتخلية ، وأُجرة المثل إن قبض فى الإجارة الفاسدة ، فإنه ليس على المؤجر إلا التمكين من الاستيفاءِ حتى لو سلم الحر المستأجر نفسه ولم يستوف المستأجر منه بالعمل الذى استأجره له ، والذى لزم ذمته حتى مضت المدة أَو مدة إمكان العمل ، استقرت الأُجرة على الأَصح ، والأَصح أَنه يجوز لمن استأجر حُرًّا أَن يؤجره لاستيفاءِ المنفعة منه .

وقـوله : (وضمِنَ تَلَفاً إن انْهَدَم عليه بحبسٍ وَقْتَ سَيْرٍ)(١)

أَى : إذا اكترى دابة ليركبها فأَخَّر الركوب عن وقته ، وأَدْخلَها بيتاً فانهدم عليها ضَمِن ، وكذلك إذا أَتلفها فيه حَيَّةٌ أَو صاعقة ، لأَنه مقصِّر بترك الركوب بخلاف ما إذا ماتت بلا سبب أَو بسبب لا يعد مقصراً فيه .

وقـوله : (أَو تَعَدَّى كأَن حمل بُرًّا عن شعِير ، وكذا عكسه لا كيلا) .

---

(١) كالنهار لتقصيره بترك الانتفاع به فى الوقت المعهود ، إذ لو انتفع به فيه لسلم ، بخلاف انهدامه عليه فى ليل لم يعتد استعماله فيه ، والضمان بذلك ضمان جناية ، لاضمان يد على الأوجه ، فلو لم يتلف لم يضمن قال الزركشى : ويضمن به لو سافر فى وقت لم يعتد السير فيه فتلف أو غصب / ف .

أى : ويضمن المكترى إذا تعدى كما لو ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة ، والمراد عادة المستأجر لا الرابض ، فإنه يحمل له ما اكترى ، فإن ضربها الضرب المعتاد لم يضمنها إن ماتت فيه ، بخلاف الزوج والمعلم يضرب الزوجة والصبي ، لأَنّ تأْديبهما من غير ضرب ممكن ، ومن صورة التعدى أَن يستأْجر دابة ليحمل عليها مائة مَنٍّ[1] من البُرَّ فيحمل عليها مائة مَنٍّ من الشعير فإنه يضمن الدابة ، وكذلك عكسه ، لأَن البُرَّ أَثقل ، فيجمع ثقله فى موضع والشعير أَخف فيأْخذ من ظهر الدابة أَكثر ، وكذلك إذا استأْجر لحمل مائة قَفِيز من الشعير فحملها من البر بزيادة ثقل البر إلا إذا استأْجر لحمل مائة قفيز من البر فحمل مائة قفيز من الشعير لأَنه أَخف .

وقوله : (وأَجر مثل لِزائد ، ومُدَّة غرسٍ بدل زَرْع ، وكذا ذُرَةٌ بدل بُرٍّ ، أَو قِسْط مُسَمَّى بأَرْشِ أَرضٍ لا تَلفَها بحاجة وقُلِعَا) .

أَى : إذا زاد المستأْجر على المشروط زيادة فوق ما تقع بتفاوت الكيل ضمن أَجرة مثل الزيادة ، كما إذا كان المحمول عشرة آصع فحمل أَحد عشر ، فإن كاله أَجنبي وحمله بلا إذن فعليه الأُجرة للزيادة ، والرد إلى الموضع الذى حمله منه ، وإن عدل عن الجنس المشروط إلى غيره كما إذا استأْجر للزرع فغرس أَو للغرس فبنى لم يجز ، لأَنه بدَّل بالمشروط ما هو أَضر منه ، بخلاف ما إذا عكس ، وقد بينا ذلك فى العارية ، فإن لم يطالب المالك حتى مضت مدة فله أَجر مثل تلك المدة مع القلع ، فإذا بَدَّل بنوع نوعاً آخر أَضر منه مثل

---

(١) المن : كيل أو ميزان ، والجمع : أمنان (اللسان – منن)

أن يبدل منه ببُرٍّ ذَرةً فالحكم كذلك يقلع ويستحق لما مضى أَجر مثل الذرة ، ولكنه هَاهُنا يخيَّر بين أَجر مثل الذرة وبين القسط من المسمى مع أَرْش النقص للأَرض بزرع الذرة ولا يضمن الأَرض إن تلفت بجائحة ، لأَن هذا العدول لا يلحق يده فى الأَرض بيد الغاصب ، وهذا كالمستثنى من إطْلاق قوله وضمن إن تعدى ، وقوله فى الحاوى ؛ وأَجر المثل إن بَدَّل الزرع بالغرس وخُيِّر بينه وبين المسمى والأَرش أَنْ أَبدل البُرَّ بالذرة ، والقلع حَالاً ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه قضى بإِيجاب أَجْر المثل إذا بدَّل الزرع بالغرس ولم يذكر أَنه يقلع ، لأَن قوله والقلع مجرور عطفاً على الضمير فى بينه .

الثانى : أَن القونوى فى شرحه قال : تقدير كلامه وخُيِّر بين أُجرة المثل وبين المسمى والأَرش إن تخاصما بعد الحصاد ، وبين المذكور والقلع إن تخاصما قبله ، ولا يخفى ما فى هذا التقدير من تحمل الكلام ما ليس فى قوله .

الثالث : أَن قوله وخُيِّر بين أُجرة المثل وبين المسمى والأَرش والقلع حالا ، سياق كلامه يقتضى بأن المُخَيَّر هوالمستأْجر ، قال : وضمن أُجرة المثل وخُيِّر وليس كذلك بل المخيّر هو المؤَجِّر .

الرابع : أَن البارزى[1] قال : يخير بين أَجر المثل لزراعة الذرة

(١) البارزى . هبة الله بن عبد الرحيم البارزى « الملقب بشرف الدين الحموى الشافعى المتوفى سنة ٧٣٨ فى مؤلفه « مفتاح الحاوى » شرح به الحاوى الصغير للقزوينى ح ١/٣١٩ ، ٣٢٠ كشف الظنون .

وبين المسمى وأَرش ما نقص من الأَرض بسبب زراعة الذُّرة وبين القلع فى الحال ، وكذلك فى التعليقة. وابن النحوى[1] ، وليس كذلك لأَنا لو قلنا إن المؤجر يخير بين الخصال الثلاث لا يخير المستأْجر على ما اختاره المؤجر منها ، والمستأْجر لا يُخيَّر على إبقاء الذرة بأُجرة المثل بدل أَن يقلع ويزرع البُرَّ إن أَمكن ، ولم يُعبِّر هكذا فى العزيز والروضة ، بل قالا إن لم يتخاصما حتى انقضت المدة خُيِّر بين المسمى والأَرش وأُجرَة المثل ، وإن تخاصما قبل انقضائها قَلع وخُيِّر بين القسط والأَرش وبين أُجرة المثل .

الخامس : أَن قولهم يُخيَّر بين أَجرة المثل وبين المسمى بالأَرش وبين القلع يقتضى أَنه إذا اختارالقلع لم يلزم المستأْجر شئ ، وليس كذلك ، بل يلزمه قسطاً بمدة كما ذكرناه .

السادس : إن إطلاقه وجب الضمان إذا تعدى بالعدول ويقتضى أَن الأَرض إذا تلفت بجائحة سماوية ضمنها ، والمذكور فى الروضة من زيادته أَنه لا يضمنها على الأَصح .

---

(١) ابن النحوى الحسن بن محمد بن الحسن بن سابق الدين بن على بن احمد بن أسعد بن أبى السعود بن بعيش المعروف بابن النحوى الصنعانى الزيدى عالم الزيدية فى زمانه وشيخ شيوخهم وناشر علومهم لاسيما لعلم الفقه يقول الواصف وله مصنفات منها فى الفقه « كتاب التذكرة الفاخرة » أودعه من المسائل ما لا يحيط به الحصر مع إيجاز وحسن تعبير ، وكان مدرس الزيدية وعمدتهم حتى اختصره الإمام المهدى احمد بن يحيى وجرد منه « الأزها » فأقبل عليه الطلاب وله « تفسير » و « تعليق على اللمع » واختصر « الانتصار » للإمام يحيى فى مجلد ، وكان زاهدا ورعاً متقشفاً متواضعاً ولى قضاء صنعاء وانتفع الناس به ، وكان يأكل من عمل يده واستمر على حاله الجميل إلى أن مات فى سنة ٧٩١ وقبره فى صنعاء قريب من باب اليمن مشهور مزور ، ح ١/٢١٠ البدر الطالع .

السابع : أَن قوله : وإِن أَبدل الزرع بالغرس والبُرّ بالذرة جارٍ على عادته بإلحاق الباء بالمأْخوذ من مفعولى فعل الإِبدال ، وقد بينا أَن اللغة الفصيحة خلافه .

وقـوله : (وإِن حمل هو أَو مُكْرٍ ، غَرّه زائداً ، أَو انفرد فتلفت ، ضمن ، أَو به مع ربِّها ، ضَمِن بقسْطٍ كجلَّادٍ زاد) .

أَى : اعلم أَنه قد بين أَنه إِذا تعدى وحمل على الدابة أَكثر مما شرط وانفرد ضمن الدابة سواء تلفت بالحمل أَو بغيره ، لأَن يده بالتعدى غاصبة وتلزمه أُجرة مثل الزائد ، هذا إِذا انفرد باليد ، فإِذا حمل الزائد المكرى قد غره كما إِذا قال هذه عشرة آصع وهى إِحدى عشر صاعاً مثلا أَو حمله المستأْجر والمكرى معه فتلفت الدابة بالحمل لزم المستأْجر قسط الزائد من الضمان ، لأَن الدابة فى يد مالكها ، وضمانه ضمان الجناية ، كما يضمن الجلاد إِذا زاد فى الْحَدِّ من الجلد ، قسط ما زاد على الأَصح فيهما ، ولو ماتت الدابة بسبب غير الحمل ، لم يضمن سوى أُجرة مثل ما زاد ، بخلاف ما إِذا انفرد باليد فإِنه يضمن الكل وأَن لم يُغْرِه المستأْجر ، بل حمله المكرى والمستأْجر ساكت لم يضمن سواء علم الزائد أَم لا ، بل على المكرى إِن لم يرد الزائد ، وقوله فى الحاوى : وإِن حمل المكرى زائداً جاهلا مقتضاه أَن مجرد الجهل يوجب ضمان القسط وليس كذلك ، بل ذلك إِذا حصل مع الجهل تغرير من المالك بأَن قال : هنا عشرة آصع وكان إِحدى عشر ، أَمَّا إِذا كان مالك إِحدى عشر فحمل المكرى من غير

غرر منه ، لم يضمن ، وإن رآه يحملها وسكت ، كما لو كالها المكرى لنفسه وغلط ، بل يجب عليه رد الزائد ، لأنه حمله بلا إذن ، وإن لم يرض صاحبه ، بزيادة لم يجز ردُّه .

وقوله : (ولا أَجْرَ دون شَرْطِه ، كتحمُّ ، بإِذْن) .

أَى : ومن أَعطى خياطاً ثوباً فخاطه ، أَو غسالا ثوباً فغسله ولم يشرط له أُجرة ولا اشترطها هو عليه ، يستحق[1] شيئاً على الأَصح ، سواء كان يعتاد أَخذ الأُجرة أَم لا ، وسواء قال أَغسل لى هذا الثوب أَو خِطْهُ ، أَوقال الأَجير أَنا أَغسله لك أَو أَخيطُه لك ، فإِذا اشترط أَجراً وكان بعقد صحيح تعين ، أَو فاسد فأَجْر مِثل ولو أَذن له فى دخول الحمام أَو ركوب السفينة بلا شرط أُجرة لم يلزمه شىء ، وقوله فى الحاوى : لا أَن دخل الحمام محمول على ما إِذا دخل بغير إِذن ، لأَنه استوفى منفعة الحمَّام ، كما لو ركب السفينة بلا إِذن ، بخلاف ما إِذا كان ذلك بإِذن ، لأَنه إِباحة ، وعلى هذا حمل الرافِعىُّ فى الشرح الصغير إِطلاقهُم إِيجاب الضمان على داخل الحمام ، وقال : لا فرق بينه وبين راكب السفينة ، وقد صححوا أَن راكب السفينة بالإِذن[2] لا شئ عليه .

---

(١) وهو أجرة المثل لاستهلاك عمله ومقابله يقول لايستحق شيئاً لعدم التزامها وقول ثالث يقول إن اشتهر بهذا العمل وأخذ الأجرة عليه له أجرة المثل لاستهلاك الدافع عمله ، وأما إذا لم يشتهر عنه ذلك فلا شىء له لعدم الالتزام ، منهاج / م

(٢) صحتها « قد صححوا أن راكب السفينة بلا إذن لا شىء » وإلا فهناك اتفاق على أن راكب السفينة بإذن لاشىء عليه اتفاقاً كما علله بقوله لأنه أباحه ، ومحل الخلاف الركوب بلا إذن وصححوا أن لاشىء عليه /م .

وقوله : (وإن خَاطَ قَبَاء ، فَقَال أَمَرْتُك بقمِيصٍ ، حَلَف وَوَجَبَ أَرْشٌ ولا أُجرة) .

أى : وإذا أعطى خياطاً ثوباً ليخيطه له ، فخاطه قباء ، فقال المالك ما أَمرتك أَن تخيطه قميصاً ، وقال الخياط بل أَمرتنى أَن أَخيطه ، فالقول قول المالك لأَنهما لو اختلفا فى الإِذن كان القول قول المالك ، وكذلك إذا اختلفا فى كيفيته ، وإذا حلف المالك لزم الخياط الأَرْشُ ، وهل هو ما بين قيمته صحيحاً ، ومقطوعاً ؟ ، أَو بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ؟ فوجْهانلم يصح منهما شىء فى العزيز والروضة ، نعم نقل الأَزرعى أن الْفَارق[1] صحح ، أَنه يجب الأَرش ما بين قيمته صحيحاً وقيمته مقطوعا قباء ، قال : وضعّف ضده ابن الصباغ ، وغيره . وقال فى المهمات ، إن الذى صححه الإِمام وابن عصرون[2] هو الأَول وصححه هو أَيضاً ، وقال القونوى فى شرحه ، يلزم ما بين قيمته قباء ، وقميصاً ،

---

(١) الفارق : « الحسن بن ابراهيم بن على بن برهون القاضى » أبو على الفارق من أهل « ميافارقين » ولد فى عاشر ربيع الأول سنة ٤٣٣ هـ ثلاث وثلاثين وأربعمائة وتفقه فى صباه على أبى عبد الله محمد بن بيان الكازرونى ثم أبى اسحاق الشيرازى وأبى نصر بن الصباغ ولازمهما حتى برع فى المذهب وصار من أحفظ أهل زمانه له وروى عنه ابن عساكر وأبو سعد بن عصرون وغيرهما ولى القضاء بواسط وأعمالها فأقام بها مدة مديدة ثم عزل فأقام بواسط إلى حين وفاته يدرس الفقه ويروى الحديث وكان ورعاً زاهداً وقوراً مهيباً لا تأخذه فى الحق لومة لائم ، ج ٤/٢٠٩ طبقات الشافعية .

(٢) ابن عصرون . عبد الله بن محمد بن هبة الله بن على بن المطهر بن أبى عصرون بن أبى السرى القاضى الإمام أبوسعد الموصلى قاضى القضاة الشيخ شرف الدين نزيل دمشق وقاضى القضاة بها وعالمها ورئيسها ولد فى شهر ربيع الأول سنة ٤٩٣ ثلاث وتسعين وأربعمائة تفقه على القاضى المرتضى بن الشهرزورى وأبى عبد الله الحسين بن خميس الموصلى وسافر إلى بغداد وتفقه بها وقرأ بالسبع وبالعشر وتوجه إلى واسط وتفقه على القاضى أبى على الفارق ولازمه ودرس بالفرالية وولى نظر الأوقاف ثم ارتحل إلى حلب ثم ولى قضاء سنجار وحران وديار ربيعة ثم عاد إلى دمشق وتولى القضاء بها وله عدة تصانيف عديدة منها « صفوة المذهب على نهاية المطلب » فى سبع مجلدات وكتاب « الانتصار » فى أربع مجلدات وكتاب « المرشد » فى مجلدين و « الذريعة فى معرفة الشريعة » وغيرها كثير قال الذهبى وقد سئل عنه الشيخ الموثق فقال : كان إمام أصحاب الشافعى فى عصره ، وتولى القضاء فى آخر عمره ، ٤/٢٣٧ طبقات الشافعية .

لا ما بين قيمته غير مفصل لأَن أَصل التفصيل مأْذون فيه ، وهذا وهم منه فى النقل إلا أَن يكون سقط من نسخته شىء .

وقوله : (وتَنْفسِخُ بقسط فى عَيْنيّةٍ ، بتلف مَعْقُود عليه ، ولو أَجِير حَجْ إن أَحرم وبحيلولة إن قدر بمدة) .

أَى : وتنفسخ الإجارة ، إنْ كانت عَيْنيّة ، بتلف العين المعقود عليها كالدار والدابة ، فإن لم تمض مدة لها أُجرة انفسخت من أَصلها ، فإن مضت مدة لها أُجرة انفسخت فى الباقى لا الماضى على الأَصح ووجب قسطه من المسمى باعتبار قيمة المنفعة ؛ لأَنها قد تختلف ، وإن استوى الزمانان ، وقد بطلت فى أجرة المدة فتزيد وقد تكْسَد فتنقص ، فلو كانت مدة الإجارة سنة وقد مضى ستة أَشهر ، ولكن الأُجرة فيها ضعف أُجرة المثل فى المدة الباقية ، وجب من المسمى ثلثاه وإن كان بالعكس فثلثه ، وإن كانت الإجارة فى الذمّة لم تنفسخ بموت الأَجير ، وتلف العين المعيّنة لما فى الذمة ، بل يستأْجر من تركة الميت ، ويبدل المؤجر بالعين التالفة غَيْرَها ، ويجب القسط للأَجير المعين فى الحج إذا أُحرم به ثم مات ، ويحتسب له المسافة على الأَصح ، وإن مات قبل الإحرام لم يستحق للمسافة شيئاً ، وإن أُلزم الحج ذِمتَّه ثم مات الأَجير ، فلوارثه أَن يستأْنِف الحج عنه فى عامه ، إن أَمكن ، وإلا يثبت للمستأْجر الخيار ، وكذا إذا أُحيل بين المستأْجر وبين العين المستأْجرة ، والإجارة مقدرة بالمدة ، فإنها تنفسخ بقسط ما مضى شيئاً فشيئاً ، سواء حال بينه وبينها المالك ، أَو غيره من غاصب ونحوه.

وقوله : (لا بموت عاقد ، إلا بطن[1] وقف[2] ، ولا أَنْ بلغ أَجير باحتلام أَو عَتقَ ، /ولا خيار ولارجوع للعبد ونفقته فىبيت المال) .

أَى : ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقد مستأْجراً كان أَو مؤجراً إلا الأَجير المعين فإنه وإن كان عاقدا فهو معقود عليه ، فإن مات المستأْجر استوفى وارثه المنفعة ، وإن مات المؤجر تركت العين عند المستأْجر حتى يستوفى منفعته ، فإن كان فى الذمة أستؤجر من التركة ، فإنْ لم تكن تركة فللوارث أَن يوفيه ، ويسْتحِق الأُجرة – وإن رد الوارث – وإنْ كان فى الذمة – فللمستأْجر فسخ الإجارة ، وأَمّا إذا عقد بطن الأَول إجارة الوقف ثم مات فإنها تنفسخ ، هذه عبارة الجمهور ، وقال الإمام[3] التعبير ، تبطل لأَنا بيّنا بطلانها ، فى هذه المدة ، وأَنها لم تنعقد ، فكيف يقال أَنها تنفسخ ، وإذا بطلت فى هذه المدة فنى الماضية قولان تفريق الصفقة، وأَن أَجرَّ الأَب الصبى مدة فبلغ فيها بالسن بطل فيما زاد على المدة للصبى ، وإن كان لا يبلغ

---

(١) فى صور ، لكن الانفساخ فى الحقيقة فيها ليس لكونه موت عاقد بل لمقتض آخر كفوات شرط واقف أوموص أونحوهما مما يعرف بتأملها منها مسألة الوصية المذكورة وما أجره الناظر ولو حاكماً للبطن الثانى فمات البطن الأول مثلا لانتقال المانع إليها ، والشخص لا يستحق لنفسه على نفسه شيئاً ، ولا يشكل بما لو استأجر من مورثه ثم مات وورثه ، لاتنفسخ لفوات المنفعة عليه لو بان على الميت دين ، لخلافه فى تلك ، فإن البطن الثانى لايتلقاه إرثاً على البطن الأول بل استحقاقاً من جهة الواقف ، فلا فائدة لبقاء الأجارة ، وما أجر من يعتق بموت مستولدته ، ثم مات لاستحقاقه العتق قبل إجارته ، كمايأتى وأما لو كان الناظر هو المستحق وأجر بدون أجرة المثل فتصح وتنفسخ بموته فى أثناء المدة ، على الأوجه ، ومنها مالوكان المؤجر /ف .

(٢) ولو غير أول فإذا أجره مدة ولو من بطن بعده ثم مات أثناء المدة – وكل بطن له النظر مدة استحقاقه فقط.– فتنفسخ الإجارة بمعنى أنا تبينا بطلانها فيما بقى لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، إذ البطن الذى يليه لايتلقى منه بل من الواقف ، بخلاف إجارة الناظر حاكماً أو غيره ، لأنه ناظر للجميع ، إلا إن أجره لبطن انتقل الاستحقاق إليهم ، لكن لا من جهة موته بل لأنهم لا يستحقون لنفسهم على أنفسهم شيئاً / ف .

(٣) الإمام . إمام الحرمين فى النهاية راجع ص ١١٤ الربع الأول .

فيها بالسن فبلغ فيها [بالاحتلام][1] لم تنفسخ ، لأَنه عقد وهو ولى يعمل بالمصلحة ، فنفذ كما إذا زوج الصبية ثم بلغت ، وكذا السيد إذا أَجر عبده ثم أَعتقه لم تنفسخ الإجارة لأَنّ السيد قد زال ملكه عن المنفعة مدة الإجارة ، فإعتاقه إنما يتناول ما يملك ، ولا يثبت للصبى ببلوغه ولا للعبد بعتقه خيار لأَن التصرف فيهما صادف محله ، والعقد لازم ، وليس للعبد الرجوع على سيده ، على الأَصح ونفقته على بيت المال لا على السيد على الأَصح .

وقوله : (وخُيِّر بنقص وانقطاع شُرْب ، وغَصْب وإباق ، لا إنْ تدارك فوراً) .

أَى : ويثبت للمستأْجر الخيار ، إنْ نقصت العَيْن المستأْجرة نقصاً تتفاوت به الأُجرة كمرض العبد والدابة وانقطاع ماء ، وانهدام الجدار وانقطاع شرب الأَرض ، كما إذا أَبق العبد المستأْجر ، أَو غُصِبتْ الدابة المستأْجرة ، أَو ندَّت الدابة فإن بادر المكرى إلى إصلاح ما يمكن إصلاحه وإلى انْتِزَاع المغْصُوب وردّ الآبق والماء إلى الأَرض فى مدة قريبة سقط الخيار ، ويثبت له الخيار بما ذكر سواء كانت الإجارة مقدرة بالمدة أَو بالعمل ، بخلاف ما إذا حبسها المؤجر ، فإنه لا خيار له ، إلا إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة فإنها تنفسخ على المنصوص بمضى المدة شيئاً فشيئاً فتفرقت عليه الصفقة ، وقد اعترض ابن النحوى على الحاوى قوله : خُيِّر إنْ نقص أَو غُصِب أَو أَبَق ، فيه أَمران :

---

(١) فى (ب) « بالاحتلام » .

أَحدهما : أَراد إذا أَبق والمدة باقية فإن ، مضت تَنْفسخ .

الثانى : أَن الذى أَجاب به الأَصحاب ، ونصَّ عليه الشافعى فى الغصب الانفساخ ، وكذلك هو والرافعى كماجزم به المصنف ، مخالف انتهى ، فمقتضى كلامه ، أَنه ينفسخ بالغَصْب قبل مضى المدة وبالإِباق بعد مضيها ، ونقله عن الرافعى ، والذى فى الرافعى أَنهما سواء لا ينفسخ فيهما قبل مضى المدة وبَعْدَها تنفسخ ، هكذا هو فى الحاوى ، فإِنَّه قال : أَولا وحبسه غير المكترى وقدرت المدة تَنْفَسِخُ بقسطه ، فإنه أَخبر أَنه يحبس غير المكْرِى ، يَنْفَسخ بمضى المدة مقسطاً ، ويخيّر إن نقص إلى آخره ، يعنى قبل المدة ، فلا اعتراض عليه ، أَما إذا كانت الإجارة بالعمل ، فإنها لا تنفسخ حتى يفسخ .

وقـوله : (ولا يُحْبَس مُكرٍ لم يقدِّر بمدة ، ولا بمرض مُكْتَرٍ ، وفَسَادِ زَرْعِه)[1] .

أَى : ولَا خِيار إذا حبس المالك العين وماطل بها وهذا إذا كانت الإِجارة مقدرة بالعمل بل يطالبه ، بذلك أَىّ وقت شاء ، أَما إذا حُبِس فى المدة المقدرة وقد بينا أَنها تنفسخ شيئاً فشيئاً ، فيثبت الخيار لتفريق الصفقة ، وكذلك إذا مرض المكترى أَو بدا له عذر فى السفر لم يكن له أَنْ يفسخ بل يركب مثله ، وإذا زرع فى المستأْجرة

(١) بجائحة كسيل لأنها لحقت ماله لامنفعة الأرض ، بخلاف تلفها بجائحة أبطلت قوة الأرض أى قوة إنباتها فإنها تنفسخ فى الباقى فإن تلف الزرع ، قيل تلفها وتعذر إبداله ، لم يسترد من المسمى لما قبل التلف شيئاً بخلاف ما بعد التلف فإنه يسترد ما يقابله ، من المسمى لبطلان العقد فيه وبخلاف مالو أمكن إبداله فتنفسخ ويسترد أجرة المثل وكذا الماضى هـ .

وفسد زرعه بجائحة لم يكن له فسخ ، ولا يلزم المؤجر أن يحط له شيئاً ، لأَن الجائحة لحِقت زرْعَه دون الأَرض ، فهو كما لو تلف متاعه الذى استأْجر له الدكان لا تنفسخ به الإجارة .

وقــوله : (ولا يخاصم مستأْجرٌ ومرتهنٌ غاصباً ، كمُسْتَعِير ووديعٍ).

أى : وإذا غصبت العين المستأْجرة أَو المرهونة لم يكن للمستأْجر ولا للمرتهن مخاصمة الغاصب فيها ، وإن كان لهما فيهما حق ، لأَن الإنسان لا يثبت الملك لغيره بغير إذنه ، ورأى الإمام والغزالى مخاصمتهما أَقيس وأَتبعهما صاحب الحاوى ، والمذهب الذى نص عليه الشافعى ، أَنّه لا يجوز ، كما لا يجوز للمودع والمستعير .

الجعالة

وقــوله : (باب[1] صحة جُعْالة ، بالتزام ولو من أَجنبى[2] جُعْلاً معلوماً ، قُبِضَ أَمْ لا) .

أَى : إنما تصح الجعالة بالتزام جعل معلوم ، ولابد فى ذلك ، من صيغة تدل على الإذن فى العمل بالجعل كقوله من رَدَّ عبدى الآبق أَو دابتى الضالة فله كذا ، لقوله تعالى : ﴿ ولِمَنْ جَاء بِهِ حِمْلُ

---

(١) الجعالة وهى بتثليث الجيم ،والكسر أشهر لغة اسم لما يجعل للإنسان فى فعل شىء . وشرعاً التزام عوض معلوم على عمل معين وأركانها أربعة ، الأول الصيغة الدالة على الإذن فى العمل وبعوض يلتزمه وحينئذ /ف .

(٢) كن رد عبد فلان فله كذا وإن لم يقل على ولا نواه ، على الأوجه ، لأنه ليس عوض تمليك ، حتى ينحصر فى وجوبه على من حصل له الملك ولا يلزم من حرمة وضع اليد ، بقوله عدم اللزوم الجعل له ، على أن الحرمة غير محققة ، إذ المالك راض بوضعها /ف . قال فى حاشية فتح الجواد جعاله من الواضح أنه لا يصح هنا ، إرادة الجعالة بالمعنى الشرعى وحينئذ تعين المعنى اللغوى وهو الجعل بضم أوله نظير مامر فى قوله إنما البيع بإيجاب لخ أى صحة لزوم ذلك المجعول ، منحصرة فى التزام جعل معين /هـ .

بَعِيرٍ ﴾[١] . فمن رد ضالة إنسان ولم يلتزم له فى ردها شيئاً لم يستحق شيئاً ، وكذلك إذا التزم الشخْص فرده غيره ، ويشترط كون الجُعْل معلوماً ، لأنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة فيه ، وإنما احتملت فى العمل للحاجة ، وقد يستثنى مسألة الْعِلْج[٢] الدال على قَلْعَة يُحاربه منها. وإذا اشترطنا أن يكون معلوماً فلا يشترط أن يكون مقبوضاً كالإجارة وذلك لأنها عقد لازم لأجير ، وهذا لا يلزمه . وليس العلم والجهل شرطاً للاستحقاق بالعمل ، بل هو شرط لاستحقاق المسمى ، وإلا فهو يستحق بالمجهول أُجرة المثل وسواء التزم هذا الجعل المالك أَو أَجنبي فيقول من ردَّ عبد فُلان عليه فله على كذا صحيح ، فإذا ردّ على مالكه استَحقَّ على الأَجنبي .

وقــوله : (وفى عمل جُهل لعُسْر ، أَو عَلِمَ[٣] بلا توقيت)

أَى : وصحتها بالتزام الجعل لمن يعمل عملا ، إمَّا مجهولا لعسر العلم به كردِّ العبد الآبق والضال ، فإنا لو أَلزمناه البحث أَولا عن مكانه ، فإذا علمه التزم لمن ردَّه من الموضع الفلانى كذا — لَشَقَّ ، فاحتملت هذه الجعالة مع الجهل للحاجة ، وأَما ما يسهل ضبطه

---

(١) آية ٧٢ من سورة يوسف عليه السلام .

(٢) العلج الرجل الضخم من كفار العجم وبعضهم يطلق العلج على الكافر مطلقاً / م .

(٣) لحاجة كما مر فى عمل القراض بل أولى ، إماماً لايعسر كبناء حائط وخياطة فلا بد من ضبطه كما صرح به جمع واقتضاه كلام الشيخين ، وغيرهما إذ لاحاجة لاغتفار الجهل فيه ، ولو حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه ، أو بغيره واعترض أمور أجبت عنها فى الأصل / ف .

مما تصح الإجارة عليه ، فيضبط[1] ، وهل يجوزعقدالإجارة ؟ ، الأَصح الجواز ، لأَنها إذا صحت فيما لا تجوز الإجارة فيه ، فِلأَنْ تصح فيما تجوز الإجارة فيه أَولى .

وقــوله : (وجب لسامع ومُعَيِّن بفراغ وهى جائزة تُغَيَّرُ) .

أَى : هذا الجعل إنما يجب لمن عمل بعد ما سمع بالنداء العلم وتعيينه بذلك ، ثم فرغ من العمل ، فإن فرغ ولم يسمع بالنداءِ ، أَو سمع ولم يتم عليه ، لم يستحق جعلا ، حتى لو رد الآبق إلى سيده ، ثم مات العبد أَو غُصِبَ لم يستحق شيئاً ، والجعالة[2] جائزة لا تلزم قبل فراغ العمل ، فيجوز تغيير الجعل بالزيادة والنقص ، والتغْيير بالجنس والفسخِ قبل الفراغ من العمل ، ويؤثر التغيير فيه لما قبل العمل ، فإن فسخ بطلت ، وإنغيَّر فالعبرة بالتزام الأَجير وإن عمل ولم يسمع إلا بالأَول فله حُكم الوكيل ، يتصرف قبل علم العزل ،

---

(١) وشرط العمل أن يكون فيه كلفة ، وألا يتعين وإن وجب على الكفاية كالتكلم فى خلاص المحبوس ظلما ، المذكور ، فلا جعل فى مالا كلفة فيه ، كأن قال من دلنى على مالى فله كذا ، فدله والمال بيد غيره فلا كلفة ولا فيما تعين عليه ، كن قال من رد مالى فله كذا فرده من هو بيده ، أو تعين عليه لنحو غصب أو عارية ، وإن كان فيه كلفة ، لأن مالا كلفة فيه وما تعين عليه شرعاً لنحو تعديه ، لايقابلان بعوض ، فإن لم تكن فى يده كذلك ، فإن رده وفيه كلفة استحق ، وإلا فلا ، ولو التزم جعلا لمن أخبره بكذا ، أوله غرض استحق مخبر بصدق ، وحصلت له مشقة بالبحث عنه والألم يستحق ، وتصح فى معلوم ومجهول / ف .

(٢) وخالفت الإجارة فى ذلك فعقدها لازم وتخالفها أيضاً فى صحتها مع غير معين ، وعلى عمل مجهول ، وتوقف استحقاق العوض على الفراغ من العمل ، وسقوط العوض بفسخ العامل ، ويستدل على جوازها الآية السابقة وبحديث الصحيحين عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه لما رقى ملدوغاً بعقرب بالفاتحة على قطيع من الغنم ثلاثين رأساً وأقره صلى الله عليه وسلم على ذلك ، ص ٢٨٩ حـ ٥ نيل الأوطار وأركانها أربعة (١) عاقد (٢) وعمل ، (٣) وجعل ، (٤) وصيغة وشرط فى العاقد كما قاله الشارع اختيار وإطلاق تصرف ملتزم ولو غير مالك ، وشرط فى العمل أن يكون فيه كلفة وعدم تعينه فلا جعل فيما لا كلفة فيه ولا فيما تعين عليه عمله وقد ذكر الشارح أنه يشترط فى الجعل مايشترط فى الثمن ، وشرط فى الصيغة لفظ يدل على الإذن بجعل معلوم ، ولا يشترط من جانب العامل لفظ ويكفى العمل / هـ .

والأَصح أَنه كمن علم فيستحق أُجرة المثل، نقله القمولى فى الجواهر[1]، والأَذرعى فى شرح[2] المنهاج عن البسيط[3].

وقــوله : (فإِن فسَخَ أَونقص أَو زاد ، فأَجْرُ مِثْلٍ لما عمل قبل ، أَو فى جُعْل فاسد يقصد) .

وإِذا أَنقص الملتزم من الجعل بعد الشروع أَو زاد فيه بأَن قال : من رَدَّ عبدى فله عشرة ، فشرع رجل فى السعى لرده ثم نادى بعد السعى بنقص أَو زيادة كان فسخاً للنداءِ الأَول ، فإِذا حضر العبد استحق أُجرة المثل ، وكذلك إِذا فسخ الملتزم وقد شرع العامل لم يكن عمله مجاناً ، بل له أُجرة المثل لما عمل ؛ لأَن الملتزم ورَّطه فى العمل ، وكذلك إِذا كان الجعل فاسداً إِمّا مجهولا أَو نحو خمرٍ أَو نحو كلب فإِنه تجب أُجرة المثل ، ولا يقال إِن الكلب أَو الخمر غير متقوم فهو وإِن كان كذلك ، إِلا أَنهما مقصودان ، بخلاف الدم فإِنه غير مقصود ، فلايجب بدله ، فإِذا فسخ العامل لم يستحق لما عمل .

وقــوله : (ويُنْقَصُ بنقص عمل ، كأَن رد من أَقرب ، أَو أُعين مُعِينٌ ، لا له ، أَو مات[4] ملتزم أَو مَنْ علم) .

أَى : إِذا جَعَل له جُعْلا عن شئ يحصله بعمل أَقل نقص من

---

(١) جواهر البحر مختصر كتابه البحر المحيط شرح الوسيط .

(٢) له شرحان على المنهاج الأول « غنية المحتاج شرح المنهاج » والثانى « قوت المحتاج شرح المنهاج » .

(٣) البسيط للإمام الغزالى وهو أصل الوسيط له أيضاً وكلاهما للغزالى .

(٤) وخرج بمات مالوضعه الأب مثلا من الإتمام فله أجرة مثل ما عمل لأن المنع فسخ أو كالفسخ /م .

أَجْرِه بقدره ، كما إذا شرط رده من بلد فرده من بلد أَقرب فله من المسمى قسطه ، وكذلك إذا التزم لمعين فشاركه فى رده غيره ، فإن قصد معاونته فلا أَثر لها ، وإن قصد به المالك لم يستحق عليه شيئاً ، ولم يستحق من أُعين إلا نصف الجعل ، لأَنه عمل النصف فقط ، وكذلك إذا مات الملتزم وقد قطع بعض المسافة ثم أَوصله إلى الوارث ، استحق قسط ما عليه بخلاف ما إذا ردَّ الآبق إلى بعض الطريق ثم مات الآبق ، أَو العامل ؛ لأَنه لم يتم العمل ، ولو أَعلم الصبى الملتزم الجعل فى تعليمه فمات فى أَثْناءِ العمل وجب له قسط عمله ، والفرق بينه وبين موت العبد ، أَن العمل وقع هنا مُسَلَّماً ، بخلافه فى العبد ، ولو بنى بعض الجدار فانهدم ، أَو خاط بعض الثوب فاحترق فلا شئ له ، هكذا قالوا ، وقد يقال إنَّه وقع مُسَلَّماً .

وقــوله : (وحَلَف مُنكرُ مُوجِبِه[1])

أَى : إذا تنازع المالك والعامل ، فادعى العامل ما يستحق به الجُعل ، وأَنكره المالك صدق المالك بيمينه ، كما إذا قال : شرطت لى جعلا فأَنكره ، أَو قال : شرطت الجعل فى رد هذا العبد الذى رددته أَو قال بل شرطته برد الآخر ، أَو قال رددته فقال المالك ما رددته ولكنه جاء بنفسه ، أَو ردَّه غيرك ، فالقول قول المالك فى ذلك كله .

---

(١) وهو المالك وصدق لأن الأصل براءته وعدم الشرط ، أو بلوغ النداء صدق العامل ، وخرج بموجبه اختلافهما فى قدر جعل أو مردود ، فإنهما بعد فراغ العمل ، والتسليم ، وقبل فراغه ، إن وجب قسط يتحالفان ، وبفسخ وتجب أجرة المثل ، /ف .

وقــوله : باب[1] يَمْلِكُ مسلمٌ مواتَ إسلام ، لم يعمِر فيه ، وإن أعلم وأَقطع بمَعْدَن مجهول ، وكل موات كُفْرٍ لا مُسْلِمٌ أَن حَمِى .

أى أعلم أن الموات يملك بالإحياء ، لقوله[2] صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضاً ميتة فهى له» ثم إذا كان المُحْيِ مسلماً جاز أن يحيي كل موات بأرض الإسلام ، إذا لم يوجد عليه أثر عمارة إسلامية ، فإن وُجِد لم يجز إحياؤه وسواء كان العامر له مسلما أو ذمياً ، فإن كانت العمارة جاهلية لم يؤثر على الأصح . فإن لم يوجد عليه عمارة بل هناك محجر كرجل هم بإحيائه فأَعْلم عليه علامات ، أو أَقْطَعَه إياه الإمام فإنه يكون أحق بعمارة ما أعلم أو أُقطع ، لكن إذا جاء غيره وأحيا وهو عالم أو جاهل ملكه ، أو بطل اختصاص المتحجر ، وإن ارتكب مالا يجوز كما لو أدخل فى سوم أخيه ، وإذا ملك أرضاً بإحياء ، ثم ظهر فيها معدن كان مجهولا مَلكه تبعاً للأرض ، وسواءٌ كان المعدن ظاهراً كالنفط والملح أو باطنا كمعدن الذهب والفضة ، لأن من أحيا أرضاً ملك سائر أجزائها ، وما ذكره فى العزيز والروضة من أن المعدن الظاهر لا يملك بالإحياء ، يعنى ما قد ظهر ، واعلم أنه

---

(١) فى إحياء الموات وتوابعه وهو سنة للنص على أن فيه أجراً ، والموات الأرض التى لم تعمر ، أو عمرت جاهلية ، ولا هى حريم المعمور ، ويكفى عدم تحقق عمارة ، وإن لم يتحقق عدمها ، بأن لايرى أثرها ، ولا دليل عليها ، من نحو أصول شجر ونهر وجدار وأوتاد ، ثم هى إما أرض الإسلام أو الكفر ، والأول يختص إحياؤه بالمسلم بخلاف الثانى /ف .

(٢) رواه احمد وأبو داود والترمذى وحسنه ، وتمامه «وليس لعرق ظالم حق» بتنوين عرق وظالم ص ٣٠٢ ج٥ نيل الأوطار وقال ربيعة : العرق الظالم يكون ظاهراً ويكون باطناً ، فالباطن ما احتفره الرجل من الآبار أو استخرجه من المعادن والظاهر ما بناه أو غرسه ، وقال غيره العرق : الظالم من غرس أو زرع أو بناء أو حفر فى أرض غيره بغير حق ولا شبهة/ م .

صار مشتركا بين الناس . وقال في المهمات محله إذا كان معلوما ، فإن لم يكن ، ففى المطلب [1]عند الإمام أنه يملكه بالإجماع وأنه أَصَحُّ الوجهين فى التهذيب للبغوى . وما عدا ذلك فيملك ، ذكره فى المهذب والتنبيه[2] والماوردى ، ويدل عليه قوله فى العزيز والروضة ، إذا باع أرضًا وفيها معدن ظاهر ، كان له حكم الماء ، وفى البئر فيجوز بيعه ، فدل على أنه يملك عنده ، وإن كان المعدن معلوما لم يملك بالإحياء إن كان ظاهراً كالنفط وأحجار الرحى والكبريت والقطران والقار ، والمومياء قطعاً ، وكذا إن كان باطناً على الأَصح ، ولو أَحيا بقعة لم يملكها على المذهب ، كما ذكره فى العزيز والروضة ، ونقله عن الإمام . ويجوز للمسلم والكافر إحياء موات بلد الكفار ، ولكن إذا كان المُحْيِ مسلماً ، وكان ذلك فيما يذِب الكفار عن المسلمين لم يملكه المسلم بالإحياء ، ويملكه الكافر .

وقوله : فى الحاوى[3] : موات الإسلام وإن عَمُر جاهلية ، أَو أعلم أَو أَقطع ، يملكه المسلم بمعدن يظهر جوهره فيه أُمور .

أَحدها قوله وإن عَمُر جاهلية أَو أَعلم أَو أَقطع ، يوهم أَنه إنما يملك إحياء المتحجر ، إذا لم يجتمع فيه الإعلام والإقطاع ، وهو وجه ، والأَصح أَنه يَمْلِكُ بالإحياء ، وإن اجتمع فيه كما ذكره فى العزيز والروضة .

---

(١) المطلب للشيخ نجم الدين احمد بن محمد المعروف بابن الرفعة المتوفى سنة ٧١٠ عشرة وسبعمائة شرح به الوسيط للإمام الغزالى حجة الإسلام .

(٢) التنبيه فى الفقه الشافعى للشيخ أبى اسحاق ابراهيم بن على الشيرازى الشافعى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ وهو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية وأكثرها تداولا كما صرح به النووى فى تهذيبه وله شراح كثيرون منهم الإمام النووى سماه « التحرير » ج ١ / ٣٥٠ كشف الظنون .

(٣) وفى ح « موات الإسلام وإن عمر جاهلية . أو أعلم أو أقطع يملكه المسلم بمعدن يظهر جوهره بالمعالجة » .

والثانى[1] : قوله بمعدن يظهر جوهره بالمعالجة لم يفرق بين كونه معلوماً أَو مجهولا والصحيح أَن المعلوم لا يملك بالإِحياءِ .

الثالث : مقتضى كلامه فى المعدن الظاهر وهو ما يظهر جوهره من غير معالجة أَنه لا يملك إِذا كان مجهولا وليس كذلك بل يملك كما بيناه أَولا .

وقـوله : بتحويط ونصب باب ، لزريبة مع سَقْف بَعْض لمسكن ، أَو غرْسٍ لباغ[2] ، وبِنَحْو زَبْرٍ[3] وتسوية وَحَرْثٍ لمزرعة ، وتهيئة ماءٍ احتيج لهما .

أَى ويملك الموات بتحويط ونَصْب باب لزريبة ، وهذا نوع مما يحصل به الإِحياءِ ، والزريبة وهى التى تجعل للمواشى ، ولابد أَن يجعل لها باباً على الأَصح ، وإِن أَراد السكنى لم يكف التحويط والباب ، بل لابد معه من تسقيف شىء من المسكن ليصلح للسكنى ، وإِن أَراد أَن يجعلها بستاناً ، فلابد مع التحويط ونصب الباب من الغرس فى الباغ ، ومن تهيئة المياه كالزرع وإِليه أَشار بقوله : وتهيئة ماء احتيج لهما للبستان ، والمزرعة ، وإِن أَراد أَن يجعلها مزرعة فلابد من تهيئتها للزراعة بالحرث وكسح المرتفع وتسويتها وَزَبْرها وهو جمع التراب ،

(١) فى (ب) « الثانى قوله : بمعدن : يظهر جوهره بالمعالجة ، لم يفرق بين كونه معلوماً أو مجهولا والصحيح أن المعلوم لايملك بالإحياء » .

(٢) أى بستان باللغة الفارسية لتوقف اسمه على ذلك أى الغرس ، ويكفى غرس بعضه فى إطلاق اسم بستان (باغ) عليه بخلاف المزرعة لاتتوقف على الزرع بل التسوية وضم المنخفض وكسح المستعل وتسوية المنخفض /م .

(٣) زبر بزاى فوحدة فراء كضرب واصله طى البئر بالحجارة ، وأراد به جمع تراب ونصب قصب وشوك وحجر حول الأرض وتسوية لها بضم المنخفض وكسح المستعل وحرث لتوقف الزرع عليه ، /م .

حولها ، أَو رصف حجارة ، أَو سُورٍ ونحوه على قدر الحاجة ، وتهيئة الماءِ إن احْتاجت إليه ويكفى أَن يحفر مجراه وإن لم يَسُقْهُ إليها وإن كان يكفيها ماءُ المطر إلى تهيئة ، ولا يحتاج إلى أَن يزرع ، بخلاف البستان ، والفرق أَن الأَرض بتهيئتها للزراعة ، تُسَمَّى بالزرعة وإن لم يزرع ، ولا يسمى[1] باغ حتى يغرس ، وقوله فى الحاوى[2] بالتحويط إلى آخره فيه أَمران :

أَحدهما : فى المزرَعَة لجمع التراب حواليها وتهيئة الماءِ ، ولابد مع ذلك من الحرث ، وتبيين وتسوية الأَرض منها والمرتفع يسقط الماء عليها .

الثانى ، قوله مع غرس الباغْ مع تَسْقِيفِ بعض المسكن . وقال القونوى : ولم يأْت بالعطف لأَنه لو عطف عليه لاقتضى توقف إحياءِ المسكن على ذلك انتهى ، وليس كذلك بل لو عطفه بواواته ، وقال مع غرس الباغْ ، وتسقيف بعض المسكن ، لأَفاد ما أَراد بلا تكلف .

وقوله : ولا يُحْيِ مَوَاقِفَ حَجٍّ ، وحريم معمور ، كناد ، ومرتكض ، ومناخ لِقَرْية ، ومكان دولاب ومتردد بهيمة لبئر وممر ، ومطرح تراب وثلج ، وماءُ ميزاب للدار ، وما يُنْقِصُ حَفْرُه ماءَ قناة .

أَى ولا يجوز لأَحد أَن يحى شيئا من مواقف الحج كعرفات

---

(١) أى لا يسمى بستاناً (باغاً) حتى يغرس فيه ما يريده له من نخل وشجر وغيره /م .

(٢) ح « بالتحويط وتعليق باب الزريبة مع غرس الباغ مع تسقيف بعض المسكن » .

ومزدلفة وَمِنىً ، كما جَزَم به النووى فى زوائده فى المنهاج والروضة بحثا وعبر عنه فى تصحيحه بالأصح ، واقتصر فى الحاوى على عرفات فقط ، فمن أَحيا فى هذه المواقف شيئاً لم يملكه ، ولا يحيى حريم المعمور ، لأَنه من مرافق المعمور ، والحريم كنادٍ وهو مجمع الناس حوالى القرية ، وكذا مرتكض الخيل ومناخ الإبل ، فهذه أَشياء لحريم القرية الذى يرتفقون به ، لا يجوز لأَحد إحياؤه ، وليس مراده بذكر هذه الثلاثة الحصر ، فإن الكاف فى قوله كَنَادٍيمنع ذلك ، بل المحتطب والمرعى من مرافق القرية أَيضاً ، ومن حفر بئراً فى موات ملكها وملك حريمها ، وهو موضع الدولاب ومتردد البهيمة ، إن كان الاستيفاءُ بهما ، وإلا فالموضع الذى يقف فيه النازح وكذا موضع الدولاب ، الذى يجمع للسقى ، والأَحواض التى يصب فيها الماءُ ، وأَما الآبار التى تحفر للقناة فلا تحتاج إلى الدولاب ، ومتردد البهيمة ، فحريمها الأَمكنة التى لو حفرت فيها آبَار لِقَنَاةٍ أُخرى لنقص ماؤها أَو خِيفَ انْهِيَارُها . ولو أَحيا رجلان مكانين متقاربين للسكنى وملكاهُما ، ثم حفر أَحدهما بئراً فى ملكه فللآخر أَن يَحْفِر فى مِلْكه بئراً وإن نقص ماءُ الآخر ، لأَن حريم البئر إنما تملك بالإحياء ، وملك الغير لا يملك بالإحياء ومن أَحيا دَارًا ملك حريمها ، وهو الممرفلابد لها منه ، ولا يعنى استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره أَن يحيى قبالة بابه إذا بقى له ممر ، ومطرح التراب والثلج والرماد والكناسات وتنصيب الميزاب ، وهذا كله من حريم الدار ، وهذا الحريم إنما يتصور فى موات على الدار ولو من جانب ، إنما المحفوفة

بالأَملاك ، فلا حريم لها ، بل الأَملاك متعارضة فى الفُرَج التى بينها وليس جعلها لأَحد أَولى من جعلها للآخر ، إلا أَن يَظْهر اختصاص بفرجة قبالة الباب لا يعارضه فيها باب آخر ، والدار فى الطريق النافذ لا حريم لها ، لأَن الطريق لعامة المسلمين .

وقــوله : وله أَنْ يُحْدِثَ فى مِلْكِهِ حَدَّادًا ، لا يضر بجَدَار ، وَدَبَّاغًا[1]

أَى وله أَن يتصرف فى ملكه متى شاء ، جرت به العادة أَم لا ، فله أَن يُحدث فى داره حداداً وقصاراً ، وهذا عند الأَمن على جدار الجار ، من الإِزعاج والاضطراب ، إما لبعد أَو لإِحكام جدار نفسه ، ويجوز أَن يتخذ فى داره مدبغة وإِنْ ضرَّ بالجار رائحتها هكذا نصبوا عليه فمنعوه مما يضر بالملك لا بما يضر بالمالك ، وقد اختاره الرويانى فى مثل هذا أَن يجتهد الحاكم ويمنعه عند ظهور قصد التعْيِيب والفساد ، ولو حفر بئراً أَو بالوعة يفسدبها بئر جاره كُرِه ولم يمنع .

وقــوله : ويَتَحَجَّرُ مَا يُطِيقُ إِحْيَاءه ، بإِعْلام أَو إِقْطَاع إِمَام ، أَو استيلاءٍ على ما حماه كفار وقُدِّم به[2] ، فإِنْ أَهْمَلَ[3] وأَطال ، نُوزع ، ولا يباع مُتَحَجَّرٌ .

أَى ويصير المتحجر أَحق من غيره مما أَعْلَم عليه من الموات ليعمره إن كان قدرا يطيق أَن يعمره ، وكذلك إذا أَقطعه الإمام من الموات شيئاً أَفاده المتحجر وإن لم يُعَلِّمْهُ بعلامة ، وكذلك إذا استولى الْغَانِمُون

---

(١) وحماماً أو طاحوناً بين مساكن حكمه كذلك ، /ف .

(٢) هذا اللفظ (به) ساقط من (أ) وفى موضعه من (ب) .

(٣) أى بأن طال إهمال الإحياء بحيث يمضى زمن يمكنه الإحياء فيه وعد طويلا عرفا ولم يكن له عذر /م .

قَلُّوا أَو كثروا على موات يَمْنَعَه الكفار من المسلمين لم تَصِر غنيمة لأَن الغنيمة ما يملكه الكفار ، والموات غير مملوك لهم ، إلاَّ أَن أَهل الغنيمة يَصِيرُونَ أَحق من غيرهم بما يقدرون على إحيائه منه ، ومنهم أَهل الخُمس فى خمسهم أَو فى الكل إن أَعرض الغانمون ، أَو إن أَعرض أَعرض الكل ، فلكل من المسلمين إحياؤه . هكذا نقله فى الروضة ، ثم المتحجر يُقَدَّمُ على غيره ، وينبغى أَن يَشتغل بالعمل ، فَإن أَخر قال له الحاكم : أَحيِ أَو ارفع يدك ،فإنذكر عذراً أَو امتهل العمل مدة قريبة يستعد فيها للعمارة على ما يراه الحاكم ، ولا يتقدرُ بثلاثة أَيام على الأَصح ، فإذا مضت المهلة ، ولم يشتغل بالعمارة ، بطل حقه ، وهل تبطل لطول الإمهال . من غير رفع إلى السلطان ؟ قال ، الإمام وأَبو اسحاق[1] يَبطل ، لأَن المتحجَر ذرِيعة إلى العمارة ، وقال الشيخ أَبو حامد . وعندى أَنها لا تبطل إلاَّ عند الرفع إلى السلطان ، ثم المتحجر لا يجوز أَن يبيع لأَنه لم يملك ، إلا حق التملك ، وذلك لا يباع كما لا يباع حق الشفعة .

وقــوله : وحَمَى والٍ لنحو نَعَم الصدقة ، وَنَقَضَ لمصلحة ، ولا يُنْقَض النَّقِيع .

أَى ويجوز للإمام أَن يحمى من المواتشيئاً لإبلالصدقة ونحوها ،

---

(١) أبو اسحاق . الشيخ الإمام أبو اسحاق بن إبراهيم الشيرازى الفقيه الشافعى المتوفى سنة ٤٧٦هـ صاحب المهذب بدأ فى تصنيفه سنة ٤٥٥ وفرغ منه سنة ٤٦٩ وهو كتاب جليل القدر اعتنى بشأنه فقهاء الشافعية وشرحه كثير منهم ، أول من شرحه أبو اسحاق إبراهيم العراقى بن منصور العراقى والإمام النووى .

ويمنع الناس من الرعى فيه[1] ، وقد حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم النَّقيع «بالنون» وكان يجوز له صلى الله عليه وسلم ، أن يحمى لنفسه ، ولكنه لم يفعل ، وأما غيره فلا يجوزله أن يحمى لنفسه ، كما يجوز للإمام أن يَحْمِىَ مصالح المسلمين ، وكذلك الوالى على الأَصح والمصالح كإبل الصدقة والجزية والضَّوال ومال الضعفاءِ عن الإبْعَاد وخيول المجاهدين ، وما حماه الإمام جاز له ولغيره من بعده نَقْضه بشرط المصلحة ، ولا يُنقّض حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما جَازَ نَقْضه جاز إحياؤه بَعْد النقض ولا يجوز قبله على الأَصح ، ويَنْبَغى إذا حمى أَن يجعل للحمى حافظا يمنع أَهل القوة من الرعى فيه ، ويَأْذَن لضعيف وعاجز . فإن دخل أَحد من أَهل القوة ورعَى لم يلزمه غُرم ولا تعذير ، ولكن يمنع ، وقوله فى الحاوى : ويحمى الإمام لنحو نَعَم الصدقة ، وينقض ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَنه خَصَّص الإمام والأَصح أَن الوالى حكمه .

الثانى : أَنه جَوَّز نقض حِمَى غير رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقاً وليس كذلك ، بل إنما يجوز له عند المصلحة ، فإن كانت المصلحة فى حماه لم يجز نقضه وقيل لا يُنقض بحال مطلقاً .

---

(١) رواه احمد وأبو داود والبخارى منه « لاحمى إلا لله ولرسوله » وقال : بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى شرف والربذة » ص ٣٠٨ حـ ٥ نيل الأوطار » وأصل الحمى عند العرب قبل الإسلام أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلا مخصباً استعوى كلباً على مكان عال فإلىحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعى فيه غيره ، ويرعى هو وغيره فيما سواه ، والحمى هو المكان المحمى وهو خلاف المباح ومعناه أن يمنع من الأحياء فى ذلك الموات ليتوفر فيه الكلأ وترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها ، والنقيع بالنون وهو مكان على عشرين فرسخاً من المدينة المنورة وقدره ميل فى ثمانية أميال ذكر ذلك ابن وهب فى موطئه وذكره الشوكانى فى نيل الأوطار ، والربذة مكان معروف بين مكة والمدينة وحماه عمر رضى الله عنه لنعم الصدقة وشرف : مكان قرب مكة . ص ٣٠٩ حـ ٥ نيل الأوطار .

وقـوله : (وجَازَ فى شارعٍ جلوسٌ للاسْتِرَاحَةِ ، ومعاملة ، إنْ اتسع ، وسابِق إليه وإلى مسجد لتعليم قرآن ، وعلم أَحق ، وإن طال مَا لم يترك ، أَو يَغِبْ غَيْبة تقطع إيلافه ، ولصلاة فيها وإلى رباط ما لم يترك أَو تُطِل غَيْبةً) .

أَى : ويجوز الجلوس فى الشارع للاستراحة والمعاملة وهى اكتساب بالعمل وغيره وإن كان موضوعاً للاستطراق ، ويجوز ذلك إذا كان واسعاً لا يُضيِّق الجلوس فيه على المارة ، فمن سبق إليه ، فهو أَحق به ، وكذلك من سبق إلى مسجد يجلس فى المجلس لتعليم القرآن وتدريس فهُو أَحق بذلك الموضع ما دام يتردد إليه لتعليم وتدريس وإن طال المقام ، ما لم يترك الجلوس فيه ويزهد فلو غاب لحاجة ثم غاب ليَوْمين أَو ثلاث فهو أَحق وإن غاب غيبة طويلة بحيث يئس منه من كان يعامله أَو يتردد إليه حتى الطلبة ، وينقطعون عن تعهده صار غيره أَحق أَن يسبق إليه . والسابق إلى مكان فى المسجد للصلاة أَحق به من غيره من تلك الصلاة[1] ، وليس المراد أَن لغَيْره إقامته ، منه بعد الفراغ من الصلاة بل هو أَحق به ما لم يقم حتى لو وقف إلى وقت صلاة أُخرى ، فاستحقاقه فيه باق وإنما المراد أَنه لو قام قبل الصلاة فى حاجة ثم رجع إلى مكانه قبل أَن تقام الصلاة كان أَحق بموضعه ، بخلاف ما إذا قام بعد الفراغ من الصلاة ثم عاد أَو قام قبل الصلاة بغير حاجة ، وكذلك من سبق إلى رباط يسكنه فهو أَحق به ،

---

(١) وفيما بعد حتى يفارق السابق إلى محل من المسجد أو غيره /م .

فإن تركه زاهداً فيه أَو على غيبة طويلة فإن السابق إليه بعده أَحق بالوقوف فيه ، وإن غاب لحاجة ثم رجع فهو على استحقاقه ، وقوله فى الحاوى[1] هنا أَمران :

أَحدهما : قوله حتى يترك الحرفة أَو ينتقل لو اقتصر على قوله : حتى يترك لاستغنى عن ذكر الحرفة والانتقال .

الثاني : قوله فى الرباط وإنْ [غاب][2] لحاجة وأَطلق ولابد من تقييده بعدم الإطالة كما فى العزيز والروضة .

وقوله : (وإلى مَعْدِن مُبَاح ، بقَدْرِ حاجته مالَمْ يُطِل) .

أَى : ومن سبق إلى معدن مباح فهو أَحق بموضعه منه فلا يزعج[3] عنه إلا إذا طال الوقوف وزاد على العادة ، هذا هو الأَصح ، وقيل لا يزعج وإن طال كقاعد الطريق ، قال الرافعى : ويمكن أَن يكون الفرق شدة الحاجة إلى نيل المعادن ، ولا يخفى أَن الاعتبار السابق إنما يكون عند ضيق المعدن ، أَما إذا اتسع فكل يأْخذ من جانبه .

وقوله : (ويسقى الأَعلى لا حَادِثٌ ضيِّق ، من مَاءٍ مُبَاح كالعادة ، وحَرُم منعه وملَك بإِبْقَاءِ ، وإن جاءا مَعَاً وضاقَ أَقرع).

أَى : والأَعلى[4] أَحق من الأَسفل بالسقى من الماءِ المباح كماءِ

---

(١) وفى ح « وفى المسجد لتعليم القرآن والعلم حتى يترك الحرفة أو انتقل أو فارق وانقطع إيلافه وللصلاة فيها وفى الرباط وإن غاب لحاجة » .

(٢) لفظ (غاب) فى (ب) وساقط من (أ) .

(٣) يقال : أزعجته عن موضعه اذا أزلت عنه (المصباح) .

(٤) دليله حديث عبادة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى شرب النخل من السبل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء » . . . الخ . رواه ابن ماجه وعبد الله بن احمد ص ٣٠٧ حـ ٥ نيل الأوطار .

الأَودية والأَنهار وكذلك العيون النابعة من مواضع غير مملوكة ، ولا يجوز لمن هو أَسفل منه مزاحمته ويسقى كالعادة ، وإن كان يكفيه بلوغ الماءِ إلى الكعب منع الزوايد ، وإن كان لا يكفيه إلا بلوغه الجدار لم يمنع ، ولا يسقى من هذا الماءِ من أَحدث إحياء أَرض وضيق على السابقين ، ثم هذا المباح لا يملكه إلا من أَحْرزهفى وعاء ، وقيل الماء لا يملك[1] والأَصح خلافه ، ولو دخل هذا الماء المباح إلى ملك إنسان صار أَحق به ، ولم يجز لغيره الأَخذ منه لأَن دخول ملك[2] بغير إذنه لا يجوز ، فإن دخل وأَخذ منه شيئاً ملكه بإحرازه ، وإن ورد اثنان على ماءٍ مباح وضاق عنهما وتنازعا فالسابق أَولى ، وإن استويا أُقرع بينهما ، ولا يخفى أَن العطشان أَولى على كل حال ، وقوله فى الحاوى :[3] فالأَعلى يسقى من ماءٍ جرى بنفسه إلى قوله : أَقرع فيه أُمور :

أَحدها : أَنَّ قوله من ماءٍ جرى بنفسه مقتضاه أَن كل ماءٍ جرى بنفسه من غير أَن يجريَه أَحدٌ مُباح ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا نبع من موات ، أَما إذا نبع من أَرض مملوكة فهو لصاحبها يخص به من شاء .

---

(١) دليله حديث أبى خراش عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار » رواه أبو داود وأحمد ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس ، وزاد فيه وثمنه حرام » ص ٣٠٥ جـ ٥ نيل الأوطار والأصح ما ذهب إليه المؤلف وغيره من الشافعية أن الماء المحرز يملك وقال من أتلفه لزمته قيمته على التالف بثمنه فى مكان التلف ، ولا يجوز أخذ مثله إلا فى مكان التلف ، ولو قدم المثل على الشط لم يقبل المثل ولزمته القيمة ولا يقبل منه المثل ، /م .

(٢) يريد ملك الغير بغير إذنه ، /م .

(٣) وفى ح « فالأعلى يسقى من ماء جرى بنفسه إلى الكعب ويسرح ويمنع من قطع منه والمحرز منه طرف ملك وإن تصادف اثنان وضاق أقرع » .

الثانى : قوله إلى الكعب . ثَمَّ . شرحٌ ليس على إطلاقه . بل ذلك إذا كان فى أَرض يكفيها ذلك ، وأَما الأَرض التى لا يكفيها إلا بلوغ الماء إلى الجدار كزرّاعِ اليمن ، فلابد من بلوغ حد الكفاية.

الثالث : قوله . وإن صادف اثنان ، صوابه وإن جاءا معاً ، فإن المصادفَة فى اللغة تقتضى التعاقب كما أَفاده النووى وإنما تبع المصنف فيه الغزالى .

(**وقــوله :** وقدم ببئرٍ حفرها رفقاحتى يَرْتَحِل ، ووجب بذل فضل بئر ، لمُسْتقٍ ، وحاجة[1] ماشية ، وثَمَّ مرعى[2] لا لزرْعٍ[3] ، وشركةُ نَهْرٍ ، بحسب عمل) .

أَى : فإذا أَنزل المسافرون منزلا وحفر به أَحدهُم بئراً ليرتفق بها مدة نزوله فهو أَحق بها ما دام فى المنزل حتى يرتحل منه ، بخلاف ما إذا حفر بئراً لمصالح المسلمين فإنه يكون فيها كأحدهم ، وإن حفر بئراً لنفسه فى ملكه أَو فى موات بقصد التمليك فماؤها ملكه ، فيجب عليه أَن يبذل الفاضل عن حاجته لمن يستسقى من المارة وكذلك المقيم

---

(١) محل وجوب بذله لها إن كان حيواناً محترماً لغيره ، وإن أقام غيره ، ثم لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تمنعوا فضل الماء فتمنعوا به الكلأ » ص ٣٠٣ حـ ٥ نيل الأوطار أى من حيث أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء ، فإذا منع فقد منع من الكلأ ، ويلزمه مع ذلك تمكينها من ورود البئر ، إن لم يضر به ، قال فتح الجواد أيضاً وكذا حاجة زرعه وشجره ، بعد كفاية ماشيته وزرعه ولم يتضرر بذلك ، / ف .

(٢) مرعى مباحاً ولم يجد ماء مبذولا له ، مباحاً أو مملوكاً ولم يحرزه فى نحو إناء ، وإلا لم يجب ، ولا يجب بذل فضل الكلأ ولا إعارة آلة الاستقاء ، / ف .

(٣) لغير فلا يجب بذله وفارق الماشية بحرمة روحها ، وما يجب بذله ، لا يصح بيعه للنهى عنه بخلاف بيع الطعام للمضطر / ف .

على الأَصح ، وللماشية غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم[1] : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأَ منعه الله من فضل رحمته » ، وإنما يجب بذله لها إذا كان عند بئره مرعى فإنه يكون بمنعها إياه مانعاً من الكلأَ متعرضاً لنهيه صلى الله عليه وسلم ، وكذلك إذا كان هناك ماء مباح يكفيها لم يجب عليه بذل فضل بئره ، ولايجب بذل فضله لحاجة زرع وإنما تجب فى الماشية لحرمة الروح ، واعلم أَنه إنما يجب بذل فضله وذلك بعد كفاية ماشيته وزرعه ، ويحرم عليه أَخذ العوض فى ذلك ، وإن اشترك جماعة فى حفر قناة أَو بئر ،اقتسموا الماء بينهم على قدر أَعمالهم ، لا على الرؤوس ، وقوله فى الحاوى[2] : وفى المملوك بذل الفاضل للماشية ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه خصص الماشية ، والأَصح أَنه إذا أَراد قوم أَن يسكنوا عنده وجب عليه ، أَن يبذل فضل الماء ليستقوا منه .

الثانى : أَنه لا يجب عليه ، إلا إذا كان عنده مرعى للماشية وإلا فلا يجب عليه كما نصُّوا عليه .

الثالث : أَنه لا يجب أَيضاً إلا إذا احتاجت الماشية ولم يجد ماء مباحاً .

---

(١) هذا الحديث رواه احمد عن عمره بن شعيب بلفظ « عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من منع فضل مائه أو فضل كلئه منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » ص ٣٠٤ حـ ٥ نيل الأوطار .

(٢)وفى ح « وفى المملوك يبذل الفاضل للماشية لا للزرع وشركة القناة بحسب العمل » .

الوقف

وقـوله : (باب[1] صحة وقف أَهل تبرع ، بوقفت ، حَبَسْتُ ، سَبَّلْت ، تصدقت صدقة محرمة أَو موقوفة أَو لا تباع ، أَو لا توهب ، وجعلته مَسْجِداً ، أَو بكناية كحرمت أَو أَبَّدْتُّ ، أَو تصدقت إن عم وإلا فنَوْعُ هبة) .

أَى : أَن الوقف قُربة مندوب إليها ويسمى وقفاً لما فيه أَو من وقف المال على جهة وقطعه من غيرها . والأَصل[2] فيه الحديث أَن عمر رضى الله تعالى عنه ملك مائة سهم من خيبر . فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أَصبت مالاً لم أُصِبْ مثله قط وقد أَردت أَن أَتقرب إلى الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم : « حَبِّسْ الأَصل وسَبِّلْ الثمرة » ثم لا يصح الوقف إلا من أَهل التبرع لأَنه تبرعٌ . ولا يصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه ولا من وليه ، ولابد من

---

(١) فى الوقف ، مصدر وقف ، وأما أوقف فلغة تميم ، رديئة ، وهو لغة الحبس وشرعاً حبس مال يمكن الانتفاع مع بقاء عينه ، لقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح ، وجهة . كذا عبر به بعضهم ، والأولى حذف آخرين بجهة لإبهامه وعدم الاحتياج إليه ، لشمول ماقبله له وهو قربه ، مندوب إليها ، فقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت عليها ، وأول من وقف فى الإسلام عمر رضى الله تعالى عنه بمشورته صلى الله عليه وسلم . ثم تتابع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على ذلك حتى زادوا على الثمانين ، وأركانه أربعة ، الأول الواقف وشرطه صحة تبرعه فحينئذ قال : صحة وقف أهل لخ /ف وزاد غيره على صحة التبرع أن يكون مختاراً ، وموقوف أشار إليه بقوله : فى معين ، وذكر شروطه ، وموقوف عليه ، وأشار إليه بقوله . على أهل تملك ..وذكر شروطه أيضاً . والرابع الصيغة بألفاظها التى أشار إليها وقفت حبست لخ .

(٢) وقوله تعالى « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » آية ٩٢ من سورة آل عمران فإن أبا طلحة لما سمعها رغب فى وقف بيرحاء أحب أمواله إليه ، وخبر مسلم « إذا مات العبد انقطع عمله إلا من ثلاث » صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » ص ٢٠ جـ ٦ نيل الأوطار والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف كما قاله الرافعى وذهب إليه المؤلف ، وحديث عمر الذى ذكره المؤلف رواه الجماعة ولفظه للبخارى ، ص ٢٠ جـ ٦ نيل الأوطار ، والحديث « أن عمر رضى الله تعالى عنه الحديث ص ٢٠ جـ ٦ نيل الأوطار .

صيغة فلو بنى بناء على هيئة المسجد وصلى فيه لم يصر مسجداً ، أَو لو أُذِنَ فى الدفن فى أَرضه لم تصر مقبرة دفن فيها أَم لا ، وصريح الوقف هى الأَلفاظ المذكورة فى الأَصل وفهم من التقييد بلفظ تصدقت بقوله صدقة محرمة أَو موقوفة أَنه لابد من إِحدى هذه الأَلفاظ المذكورة مفهماً ، ولا يكون صريحاً إلا بها لأَنه لفظ موضوع للتمليك ، فإذا أَقرن به أَحد هذه الأَلفاظ صرفه إلى الوقف ، وفهم منه أَن قوله جعلت هذه البقعة مسجداً كقوله وقفت هذه البقعة مسجدا ، أَو وقفتها لصلاة المصلين ، وخالف البغوى وجماعة ، فقالوا لاتصير البقعة مسجداً بجعلها مسجدا قال ابن الرفعة هذا الخلاف إذا لم يكن نيَّة وإن نوى صار مسجداً قطعاً ، وأَما الكناية فهى كقوله حرمت هذه البُقْعَة للمساكين وكذلك أَبَّدْتُّها ، وهى محرمة أَو مؤبَّدة للمساكين ، فهذا اللفظ لابد معه من النية لأَنه لم يَجْرِ فى الوقف إلا مؤكداً لغير مستقل بنفسه ، بخلاف حبَّسْتَ وسبَّلْت لكثرة استعمالهما مستقلين واشتهارهما ، شيوعاً وعُرفاً ، وأَما لفظ تصدَّقت فإن عمَّ به ، فهو كناية كقوله تصدقت بهذه البقعة على المساكين ، فإن نوى الوقف صارت وقفاً ، ولو قال تصدقت بها على فلان ، أَو على جماعة معينين ، لم يكن وقفاً وإن نوى ، بل ينفذ فيما هى صريح فيه من التمليك .

وقوله : (وفى مِلك مُعَيّنٍ يُنْقَلُ ويُفِيدُ ، وهو بَاقٍ ولو مؤجراً ، ومُدَبّراً ومعتقاً بصفة ، وبطل بوجودها ، لا نَفْسه ومكاتباً ، وأم ولد) .

أى : ولا يصح الوقف إلا فى مملوك الرقبة فيصح فى المشاع والمُقرر والعقار والمنقول من الثياب والسلاح والمصاحف والكتب . ولا يصح

وقف هذين العبدين ، ولا عبد فى الذمة ، ويصح وقف العبد الغائب على الأَصح ، ذكره فى زوائد الروضة ، ولا يشترط أَن يصح نقله فلا يجوز وقف أُم الولد والمكاتب ، ويشترط أَن يكون فيه فائدة تحصل وعينه باقية سواء كانت الفائدة منفعة كَسُكْنى الدار وعيناً كثمرة الشجرة ولبن الشاة ، ولا يصح وقف الدراهم والدنانير والطعام لأَنها لا تفيد وعينها باقية ، وكذلك الرياحين ، لسرعة فسادها ، ويصح وقف العين المؤجرة ، لأَن مدة الإجارة تنقضى ، فهو كوقف الجحش الصغير يُنْتظرُ ، لا الموصىَ بمنفعته أَبداً ، ويصح وقف المدَبَّر والمعلق عتقه بصفة ، ولكن إذا وجد موجب العتق عُتق على الأَصح وبطل الوقف ، هذا على قولنا إن الوقف ملك لله تعالى وهو الأَصح ، أَو قلنا إنه للواقف ، وإن قلنا إنه ينتقل لم يبطل إلا العتق ، ولا يجوز أَن يقف نفسه على مسجد أَو رباط لا يملكها ، وقد ذكرنا حكم المستولدة والمكاتب ، وقوله فى الحاوى : فى مملوك معين ، ينتقل ويفيد ، لا بفواته ، فيه أَمران :

أَحدهما : أَن القونوى قال : وقد يقال قول المصنف مملوك يتناول المنفعة ، ولكن قوله ويفيد لا بفواته يخرجها . ثم قال : وفيه بُعْد ، فلو قال : فى عين مملوكة لكان صريحاً ، والحق أَن قوله يفيد لا بفواته يخرجها ويخرج نحو المطعومات ، فإن قيل فهلا قيل : إن قوله يفيد يخرج المنفعة وقوله : لا بفواته يخرج الطعام ، لأَن المنفعة لا تقيد ، وكلما يتحصل فيها من منفعة فهو من العَيْن ، قلنا

لا تخرج المنفعة ، إلا بها . فإن المنفعة يجوز أَن تكون عوضاً ، فيفيدك إذا ملكتها ما تفيدك الدراهم والدنانير .

الثانى : قوله لا المستولدة والمكاتب والمستأجر ؛ مقتضاه أَن العين المؤجرة لا يجوز وقفها كما قاله القونوى ، وحكاه من صاحب المصباح وعلله بأَن فائدته للمكرِى كما ذكره فى الروضة وغيرها أَنه يصح وقد بيناه .

وقوله : (على أَهْلِ تَملِكه لا نفسه ، وبَهيمة وحَمْل[1] ومرتد ، وحربى[2] ، وعلى العبد نفسه[3] ، ومطلقاً لمالكه ولا يشترط أَن يأْكل منه وينتفع إلا بأَجْر نظر ، ولو وقف على الفقراءِ ، فافتقر أَخذ) .

أَى : يشترط فى الموقوف عليه أَن يكون أَهْلا للتملك ، سواء كان معيناً أَم لا ، أَما المعين قطعاً ، وأَمَّا غير المعيَّن فعلى الأَصح . الثانى حكاه الإمام عن المُعْظَم أَن المرعى فيه طريق الْقُربَة لا التّملُّك ، واستدرك على ذلك بكونه لا يجد استيعاب المساكين بل يجوز الاقتصار على ثلاثة أَسهم منهم ، وعن القفال[4] المراعى فيه طريق التمليك وهو الذى اختاره الإمام وشيخه ، وطريق أَصحابه العراقيين يوافقه

---

(١) وفارق الوصية بتعلقها بالاستقبال وهو تسليط فى الحال ، ومن ثم لم يصح منقطع الأول /ف .

(٢) ولو غير آلة الحرب ، لانتفاء قصد القربة ، فيمن هو مقتول لكفره ، وبه فارق صحته على زان محصن وقاطع طريق تحتم قتله ، وخرج به الذمى نعم أن ظهر فيه المعصية كأن كان خادم كنيسة التعبد لم يصح الوقف عليه ، على ماجزم به بعضهم /هـ .

(٣) نفسه لأنه ليس أهلا للملك ، وإنما صح على الأرقاء الموقوفين لخدمة الكعبة ، ونحوها ، لأن القصد ثم الجهة والكلام هنا فى الوقت على معين /ف .

(٤) وفى ح « على أهل تمليك لابهيمة وجنين ومرتد وحربى ونفسه كشرطه أن يقضى من ريعه دينه » .

حتى أنهم ذكروا أن الوقف على المساجد والرباطات تمليك للمسلمين منفعة الوقف. فعلى الوجه المشروط للقربة لا يجوز الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى ، وعلى الوجه الذى يكتفى بالتمليك يجوز .

وقال فى العزيز والروضة ، والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح طريق التمليك . إذا فهمت هذا علمت أن تفسير القونوى كلام صاحب الحاوى غير مطابق ، فإنه قال : وقوله ، على أهل تمليك ، إشارة إلى الموقوف عليه ، ويشترط فيه إذا كان معيناً أن يمكن تمليكه ، وليس كذلك ؛ بل قصد صاحب الحاوى التعميم ، وإنما خص المعين بالقبول فقط . ويجوز الوقف على الذمى لأنه أهل التملك ، ولا يجوز أن يقف الإنسان على نفسه ؛ لأنه لا يتصور أن يُمَلِّك الإنسان نفسه شيئاً يَمْلُكُه ، ولا على البهيمة ، وإن قصد علفها على الأصح ، وقيل يصح ويكون لمالكها ، ولا يجوز الوقف على الحَمْل ؛ لأنه ليس أهلا للتمليك ، ولا على المرتد والحربى ، لأن الوقف يراد للدوام ، وهما مقتولان شرعاً ، لا بقاء لهما ، فكما لا يصح وقف ما لا يبقى ، لا يصح على من لا يبقى ، ولا يصح أن يقف على العبد نفسه لأنه لا يملك من ريع الوقف ، حتى لو استأجر أرضاً وبنى فيها بناء ، ثم وقفه ، وشرط أن يصرف الأجرة من ريعه لأنها صارت ديناً عليه . نعم لو استبقى النظر فى الوقف لنفسه وشرط أجرة لذلك جاز على الأصح ، رجحه النووى فى الروضة ، واستحق أجرة المثل ، ولو وقف على الفقراء ثم صار فقيراً جاز له الأخذ منه ؛ لأنه لم يشترط الأخذ لنفسه لكن وجدت فيه الجهة الموقوف عليها ، فأخذ منها ، وكذا

لو وقف كتاباً على المسلمين جاز أَن ينتفع معهم ، وقوله فى الحاوى[1] : إذا انتفع ، يستثنى مما إذا شرط لنفسه النظر والأُجرة فيه من الوقف فإنه يصح كما بيناه أَولا .

وقــوله : (وبطل فى جهة معصية ، ومعلقاً[2] ومؤقتاً وبشرْط خِيَارٍ ورجُوعٍ ومُنْقَطِعٍ ابتداء ، فيصرف مدة انقطاع غيره ، لِلْأَقْرَب ، إلى الْوَاقِفِ ، كأَن جهل أَهْلَه ، ولَغَا مَجْهُولٌ تَوَسَّط) .

أَى : إذا وقف على جهة معصية ؛ كالوقف على عمارة الكنائس والبيع ، ولكتابة التوراة والإنجيل ، والسلاح لقطع الطريق ، لم يصح الوقف ، ويندب فى جهة طاعة ، كالوقف على الفقراءِ والمساكين والقناطر ووجوه الخيرات ، ويجوز على من يملك كالأَغنياءِ والفساق واليهود والنصارى ، لأَن الصدقة على العاصى ليس بمعصية ، واستحسن الرافعى جواز الوقف على الأَغنياءِ دون اليهود ، والنَّصَارى والفُسَّاق ، لأَن فيه إعانة لهم على المعصية ، أَما إذا وقف على من يقطع الطريق أَو يتهوَّد أَو يتنصَّر ، فإن الجهة معصية فلا يصح ، ولا يصح توقيته ،

---

(١) ح « كشرطه أن يقضى من ريعه دينه أو يأكل من ثماره أو ينتفع به » .

(٢) كوقفت دارى إذا جاء رأس الشهر ، كالهبة ، بخلاف وقفتها بعد موتى ، فإنه منزل منزلة الوصية ، فينفذ وصية إن خرج بعد موته من الثلث ، وله الرجوع عنه ، قال ابن الرفعة ، ويصح أيضاً جعلته مسجداً إذا جاء رمضان مثلا لأنه يشبه التحرير ويؤيد مايأتى فى التوقيت الثانى ، التأبيد كالوقف على العلماء والفقراء ، ونحوهما ممن لا ينقرض قبل قيام الساعة ، أو ينقرض كأولاد زيد ، ولا يجب استيعاب نحو الفقراء ، بل يكفى ثلاثة من كل نوع ، وأفهم أنه لايضر تعليق الصرف فقط كوقفته على زيد ، ولا يصرف إليه إلا أول شهر كذا ، مثلا ، وإلا بعد موتى وهو متجه ، وفارق وقفته على الفقراء على أن لا يصرف إليهم إلا من ريع السنة الأولى ، فإنه باطل ، لأنه منقطع الأول بأن الوقف فى مسألتنا نجز ، وإنما شرط لصرف جميع ريعه وقت معلوم ،وقد يكون له فيه غرض لشدة حاجة ، أو كمال رشد ، بخلافه فى ذلك ، فانه منع صرف ريع السنة الأولى بالكلية بقوله : على أن لخ فأثر الشرط فى صحة الوقف فلم يكن له مستحق فكان منقطع الأول ، ومن ثم بطل وقف وقع / ف

فلو قال : وقفت عليك سنة لم يصح ، ولا تعليقه كوقفته إذا جاء رأس الشّهْر ، ولا يجوز شرط الخيار ، فإن شرطه فيه لم يصح الوقف ، ولا يشترط أَنْ يرجع فيه إذا شاء لأَنه إزالة ملك ، ولايجوز أَن يكون مُنْقَطِعَ الابتداء على الأَصح ، كقوله وقفت على[1] ما سيولد لى ، وكذلك لو وَقَفَ على مجهول ، ثم الفقراء ، أَو على زيد ثم على الفقراءِ ، وإفراد زيد وإن اتصل أَوله ، كوقفت على زيد ثم سكت ، أَو على زيد ثم على ورثته ما تناسلوا ففى صحته خلاف ، الأَصح الصحة ، وكذا إذا انقطع الوسط كما إذا وقف على زيد ، ثم على عبد فلان نفسه ، أَو بهيمة ثم على الفقراءِ ، فالأَصح الصحة أَيضاً ، وإلى هذا أَشار بقوله : فيصرف مدة انقطاع غيره ، أَى سواء كان فى آخره أَو وسطه . ثم بعد الانقطاع فى المسأَلة الأُولى وفى مدته فى الثانية يصرف على الأَصح إلى أَقرب الناس إلى الواقف وهذا فى منقطع الوسط إن أَمكن معرفة مدة[2] الانقطاع ، وكذا إذا جهل مصرف الواقف على الصحيح ، بأَنْ اندثرت معرفة أَرباب الوقف وجهل فإنه على الأَصح يُصْرف إلى أَقرب الناس ، إلى الواقف ، أَما إذا وقف على زيد ثم على رجل مجهول ، ثم على الفقراءِ فإنه يصرف بعد زيد إلى الفقراءِ ولا أَثر لهذا الانقطاع وإلى هذا أَشار بقوله : ولغا مجهول توسط .

وقوله : (وعلى[3] هذين ثم على الفقراءِ ، حق مَيِّتٍ لباقٍ) .

---

(١) فى (ب) (من) .

(٢) فى (ب) « أمد » وهما بمعنى الزمان .

(٣) وخرج بهذين مالو فصل كوقفت على كل منهما ، نصف هذا ، فهو وقفان ولحق مالو أوصى مثلا عقاراً ووقفه عليها ثم على الفقراء فمات أحدهما قبل الوقف ، فما يخصه يصرف الفقراء /ف .

أى : إذا وقف على رجلين مُعَيَّنَيْنِ ثم على الفقراءِ صح ، فإذا مات أَحدهما فالأَصح أَن نصيبه لصاحبه ، لأَن انتقاله إلى الفقراءِ مشروطٌ فيه موت الآخر ، والثانى أَنه للفقراءِ وأَيَّدَ الرافعى احتمالها ، وقال : القياس أَن يصرف لأَقرب الناس إلى الواقف ، كمنقطع الوسط .

وقوله : (وتبع شرطه فى تفضيل وتسوية ، ومَنْعِ إجارة ، وفى نَظرٍ ولو فى بعض ، فإن سكت أَو فسق ناظر فللحاكم) .

أَى : ويتبع شرط الواقف فى تفضيل بعض على بعض كأَن قال : للذكور من أَولادى ضعف ما للإناث ، أَو عكسه وكذا لو شرط التسوية بينهم ، اتبع كما فى التفضيل ، وإذا شرط الواقف أَن لا يؤجر الوقف اتبع شرطه ، سواء منع من تأجيره سنة أَو أَكثر ، ويتبع شرطه فى نَظرِ الوقف لمُعَيَّنٍ تعيَّن ولم يجز له عزله ، وعن البغوِى لو قال : وقفت بشرط أَن يكون التدريس لفلان أَو قال حالة الوقف : جعلت تدريسها لفلان ، فهو لازم . قال الرافعى : وهذا حَسَنٌ فى صيغة الشرط ، غير متضح فى قوله ، وقفتها وفوضت التدريس إليه . وقال النووى : هذا الذى استحسنه الإمام الرافعى هو الأَصح أَو الصحيح وينبغى أَن تكون صورة المسأَلة ، كما ذكر من أَطلقها فكلامه محمول على هذا انْتَهى . فاقتضى أَن يكون الأَصح أَن صفة الشرط لابد منها ، ووقع فى نفسى شئ فى صحة الوقف بشرط أَن يكون فلان مدرسها ، فإن فلاناً قد لايقبلها ، فكيف يصح الوقف ، فراجعت[1] المهمات

---

(١) للأسنوى شرح الروضة ص ١٤٤ ، ص ٣٤ الربع الأول .

فوجدته قد صرح بذلك وقال : راجعت فتاوى[1] البغوى ، فوجدت تعبيره صحيحاً ، فإنه قال : إذا قال مدرسة وشرط أن يكون مدرسها فلاناً . قال : هو تعبير صحيح ، وصَورَّه ، بأن يقول وقفت وشرطت ، وضَعُفَ توقف الرافعى فى مسألة التفويض وقال : الكلام ناجز ، قلت : ولو قال : وقفت هذه المدرسة بشرط أن لا يمنع فلان من التدريس فيها كان عقداً صحيحاً ، لا تتوقف الصحة منه على رضاه بالتدريس ، فهو كما لو ،قال : وقفت على الفقراء بشرط القربة والشيخوخة ، فإن هذا يتبع ذكره فى الروضة ، وسواء وَلَّاه النظر فى جميع الوقف أو فى بعضه أو فى تصرفاته كلها ، أو تصرف دون تصرف ، فإن شرط أن يؤجره ولا يستوفى أو يستوفى ولا يؤجر أتبع شرطه ، وإن سكت عن النظر ولم يزد على الوقف لم يكن له النظر ، بل يكون للحاكم . وإن

شرط لنفسه كان له أن يولى من شاء ، وإن فَسَخ الناظر سواء كان هو الواقف أو غيره صار النظر للحاكم . وقوله فى الحاوى[2] : ويُفَضِّل الذكر أو يُسَوِّى ، والتولية لعدل كافٍ نصيبه فيه أمران :

أحدهما قوله : ويُفَضِّلُ الذكر أو يسوى يوهم أنه لايجوز أن يشترط تفضيل الأُنثى وهو جائز . وقال فى العزيز[3] والروضة [والثانى قوله والتولية]

---

(١) فتاوى البغوى فى فقه الشافعية مشهورة والبغوى هو الحسن بن مسعود الفراء أبو محمد البغوى الملقب بمحى السنة وصاحب (التهذيب) وشرح السنة والمصابيح والتفسير المسمى « معالم التنزيل » وغيرها توفى سنة ٥١٦ ست عشرة وخمسمائة بمرو الروذ ودفن بها بجوار شيخه القاضى حسين ، ج ٤ / ٢١٤ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) وشرح « ويفضل الذكر أو يسوى والتولية لعدل كاف نصيبه فيعمر ويؤجر ويحصل الريع ويصرف فى مصرفه » .

(٣) وقال فى العزيز والروضة هذا هو الأمر الثانى ، لأنه لم يذكر إلا أمراً واحداً أشار إليه بقوله أحدهما وترك الثانى وفى (ب) « والثانى . قوله : والتولية » لعدل كاف نصيبه يوهم أن ذلك يختص بمن نصيبه دون نفسه وليس كذلك بل هو كمن فى نصيبه فى اشتراط العدالة والكفاية سواء .

لعدل كافٍ نصيبه يوهم أَن ذلك يختص عن نصيبه دون نفسه وليس كذلك بل هو كمن هو نصيبه فى اشتراط العدالة والكفاية سواء.

وقــوله : (وإِنْ شَرط لنفسه ، وَلَّى وعَزَل ، وشرْطُه عَدْلٌ كاف ، فَيُعْمِرُ ، ويؤجر ويستغل ويصرف وله ما شرط).

أَى : وإن شرط النظر لنفسه حالة الوقف يستحقه ، وله أَن يولىِّ من شاء ويعزله ، وشَرْطُ الناظر العدالة ولكنها ولاية ، ووظيفة الناظر أَن يعمل فى الوقف ويؤجر ويجمع غَلَّتَهُ ويصرف إِلى أَربابها ، ولا يجوز له العدول عما شرطه الواقف كما سبق ، ويستحق الناظر ما شرط له ، وإِن كان هو الواقف.

وقــوله : (والواو للشركة، وإِن زاد ما تناسلوا، ومع الأَعلى فالأَعلى ، والأَقرب فالأَقرب والأَول فالأَول ، وبطن بعد بطن ، للترتيب كَثُم).

أَى : والواو لشركة المعطوف والمعطوف عليه فى الوقف فإِذا قال : وقفت على أَولادى وأَولاد أَولادى ، اشترك الجميع ، وإِن زاد على ذلك ما تناسلوا ، أَما إِذا زاد الأَعلى فالأَعلى ، أَو الأَقرب فالأَقرب أَو الأَول فالأَول ، وكذلك بَطْناً بعد بطن ، اقتضى الترتيب فلا يصرف بطن الثانى مع وجود أَحد من البطن الأَول ، كما إِذا عطف بثُمَّ ، فقال : على أَولادى ، ثم أَولاد أَولادى ما تناسلوا ، ولو قال : على أَولادى ثم أَولادهم وأَولاد أَولادهم ، اقتضى الترتيب فى البطن الأَول فقط ، وقوله فى الحاوى[1] : والواو لشركة : وإِن زاد بطناً بعد

(١) وفى ح « والواو للشركة وإِن زاد ما تناسلوا أَوبطناً بعد بطن وثم والأعلى فالأعلى أَو الأول والأقرب فالأقرب للترتيب.

بطن تبع فيه ترجيح الرافعى ، وتبعه النووى فى الروضة ، ولكن الأكثرون على أنه للترتيب ، ونقله الرافعى عن الرويانى وعن بعض الأصحاب للإمام ، قال : الإسنوى وبه قطع البندنيجى ، والماوردى فى الحاوى ، والإمام فى النهاية ، وبه أجاب الغزالى ، واختاره القاضى الحسين فى فتاويه ، وعدَّد طائفةً ، وقال : إنه الصحيح ، نقلا وبَحْثاً وكذا سائر المتأخرين ، وقال صاحب البهجة ، والواو لشركة فيها معنى ، ولو ما تناسلوا ، وبَطْناً ، وكذا من بعد بطن ، قلت : ملأ الفقهاء - بثم بطناً بعد بطن - شبهاً إلا الرافعى ، وبثُمَّ رَتَّبا كذلك الأقرب فالأقرب .

قوله : ويتناول ذرِّيةٌ وعَقِبٌ وَنسْلٌ ، حافداً وَحَمْلًا والولد ابناً وبنتاً ، وخنثى ، وإلا حَافِداً لا حَمْلًا وَمَنْفِياً ، والبنات والبنون ، خُنْثَىَ لا أَحَدُهُمَا ، والموالى مُعْتقاً وعتيقاً .

إذا قال : وَقفْت على ذريتى وعقبى ونسْلى دخل فيه الحافد والحمل ، والحافد ولد البنين والبنات ، قريبهم وبعيدهم ، ذَكَرهم وأُنثاهم ، ومما يدل على دخول أولاد البنات فى الذرية قوله تعالى[1] :«وَمِنْ ذُرِّيَتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ » إلى أن ذكر عيسى عليه السلام ، وليس هو إلا ولد البنت . قال فى العزيز والروضة : ويدخل الحَمْل فيوقف نصيبه لأنه من نسله وعقبه ، فإن قال وقفت على أولادى دخل البنون والبنات والخناثى ، ولا يدخل الحافد ، وهنا أحد الثلاثة المذكورين ، فإذا انفرد دخل لصيانة كلامه من الإلغاء ، ولا يدخل لأنه لا يسمى ولداً ،

---

(١) آية ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

ولا المنفى باللسان ، ولو وقف على بنيه وعلى بناته دخل فيه الخناثى ، لأَنه إما ابن أَو بنت ، وقيل لا يدْخل ؛ لأَنه ليس ابناً ولا بنتاً ، والأَصح دخوله ، ولو وقف على البنين وحدهم والبنات وحدهن لم يدخل الخنثى ، ولو وقف على الموالى وله مَوَالٍ من أَعلى فقط دخلوا ، وكذلك إذا اجتمع الصنفان دخلا على الأَصح ، وقوله فى الحاوى[1] : ويتناول الذرية ، والعقب والنسل ، الحافد ، إلى آخره ، فيه أُمور .

أَحدها : أَنه اقتصر على الحافد ولم يذكر الحمل ، وهو يتناوله .

الثانى : قوله : والولدُ البنتَ والخنثى لا الجنين والمنفى ، والحافد ، . وليس هذا فى الحافد على إطلاقه ، بل ذلك إذا وُجِدَ واحد من البطن الأَول ، أما إذا لم يكن له إلاَّ أَولاد الأَولاد فإنهم يدخلون فى اسم الأَولاد ، ذكره فى العزيز والروضة .

الثالث : إذا وقف على الموالى ، ووُجد المعتق والعتيق ذَكَر أَن فيه وجهين ، أَحدهما أَنه فاسد . والثانى يصح ويقسَّم بينهما ، قال : وَرُجِّح كل ، والصحيح الذى صححه النووى أَنه يصح ويقسم ونقله عن تصحيح الجرجانى قال الإسنوى : وصححه صاحب التنبيه والقفَّال الكبير وابن القطان[2] والفورانى والقاضى أَبو الطيب ونص عليه الشافعى كما نقله عنه فى المطلب .

---

(١) وفى ح « وتناول الذرية والعقب والنسل الحافد والولد والبنت والإبن والخنثى لا الجنين والمنفى والحافد والبنات البنون الخنثى لا أحد الصنفين وعلى الموالى المعتق والعتيق فاسداً ولهما رجح كل « ومع واحد له » .

(٢) ابن القطان . عبد الله بن محمد بن عدى بن عبد الله بن محمدبنمبارك ، الحافظ الكبير أبو احمد الجرجانى المعروف بابن القطان . صاحب كتاب « الكامل » و « الانتصار » شرح مختصر المزنى رحل إلى الشام ومصر رحلتين أولها سنة ٢٩٧ هـ سمع عبد الرحمن بن أبى القاسم لرواس وأبا عقيل أنس بن السلم وأبا خليفة والحسن بن سفيان ، وبهلول بن اسحاق الانبارى وأبا عبد الرحمن ابن النسائى وغيرهم وولد فى سنة ٢٧٧ هـ وتوفى فى جمادى الآخرة سنة ٣٦٥ خمس وستين وثلاثمائة ، ٢ /٢٣٣ طبقات الشافعية .

وقـوله : وعلى فقراءِ أَولادى ، وأَرامل بناتى ، أَخذوا ، ومنعوا بوجود الشرط وعدمه .

أَى وإِذا وقف على أَولاده الفقراء وبناته الأَرامل أَخذ منه من كان فقيراً ، ومنهن من كانت أَرملة ، وهى التى لا زوج لها حتى تستغنى وَتُزوَّج يمنعان ، ويمنع من كان غنياً حتى يفتقر ، ومن كانت مزوجة حتى تَبِيْن ثم تُعطى ، وتعطى المعْتَدَّة البائنة ، لا الرَّجْعَى لأَنها فى حكم الزوْجة .

وقـوله : وَتشْترِك جُمَل عطف بَعْضُهَا على بَعْضٍ ، بواوٍ فى وصف تقدم أَو تـأَخَّر ، وَاسْتِثْنَاء إِن لم يَتَخَلَّل كلام طويل .

أَى اعلم أَن الإِسنوى قال : نصوا على اشتراك الجُمل المعطوف بعضها على بعض فى صفة ، والاستثناء ، تقدماً وتـأَخراً ، ثم يمثلون فى المفردات فيقولون . إذا قال : وقفتُ على محاويج أَولادى وعتقائى وأَقاربى : أَو وقفت على أَولادى وعتقائى وأَقاربى المحاويج ، فيجعلون المحاويج صفة للجميع ، ومثال الاستثناء . وقفتُ على أَولادى وأَقاربى وعُتقائى إلا من فَسق منهم ، هكذا مثلوه ، قال : إن الصواب ما مثل به الإمام فى الأُصول للجُمل ، كقوله : وقفت دارى على أَولادى ، وحبست أَرضى على قرابتى ، وَسَبَّلْتُ دابَّتى على عُتقائى المحتاجين منهم ، وقال إذا علمت ذلك ، فلابد من أَحد المسْلكين ، إما الأَخذ بمثالهم ولا يعيده فى الجمل فى الحقيقة ، وإما الأَخذ بالجمل ، ويكون عودة إلى المفردات ، من طريق الأَولى ، فتعود إلى ما ورائها

من الجمل ، لأَن المفردات تكون معطوفة على ما أُضيفت إليه لصفة فيكون المضاف مقدراً فى الكل ، وأَما الجمل فكل واحدة مستقلة بنفسها ، على أنه فى الروضة فى الطلاق فى الباب الرابع قال : فى الجمل الأَصح عوده إلى الأَخير ، واشترط الإمام أَن يكون العطف بالواو ، وأَما إذا عطف بثُمَّ ونحوها فإنها تختص بما تليه ، وكذلك يشترط أَن لايَفْصل بين الجملتين كلام طويل كما إذا قال : وقفت على أَولادى على أَن من مات منهم فنصيبه بين أَولاده ، فإنْ يَعْصِبْ فنصيبُه لإخوته ، فإذا انقرضوا ، فهو مصروف إلى أَقاربى المحتاجين منهم فإن الصفة إنما تختص بما يليه ، ولم يفرق فى الحاوى بهذين القيدين وقد قيد بالواو ، والرافعى فى المحرر وتبعه النووى ، فى المنهاج ونقلها عن الإمام فى الروضة .

وقـوله : والوقف لازم يمنع تصرفا ، نافاه ، والمسجد حر والوقف مِلْك لله تعالى ، نفقته فى كسبه ثم فى بيت المال ، إن لم يُشْترط .

أَى وحكم الوقف اللزوم فلا ينقض سواء قضى به قاض أَم لا ، وَيمنعُ من كل تصرف ينافى صفة الوقف وشرطه ، فلا يباع ولا يوهب ، فإن شرط أَن لا يؤجر ، فلا يؤجر ، والمسجد ، حر لا يملك منه عَيْنٌ ولا مَنْفعَةٌ بخلاف غيره ، فإن رقبته إن قلنا إنها غير مملوكة فمنافعه مملوكة ، وسواء قلنا الأَصح أنه يجوز وقف المسجد على الشافعية أَو على الحنفية أَم لا ، لأَن اختصاص البعض بالمسجد لا يمنع كونه حراً . وأَما الوقف فالأَصح أَن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى سواء كان على مُعَيَّن أَو عاماً

وأما منافعه فمملوكة للموقوف عليه ، وأما نفقة العبد الموقوف ونحوه فمن حيث شرطه ، فإن لم يشرط فإن قلنا أنه ملك للموقوف عليه ، فنفقته عليه ، وإن قلنا بالأصح أنه ملك لله تعالى فنفقته فى كسبه ـ إن لم يكن من بيت المال ـ وقوله ، فى الحاوى : والوقف ملك لله تعالى وينفق الموقوف عليه ، إن لم يشترط ثم لا كسب : هذا مناف لما قاله الأصحاب ، لأنهم قالوا نفقته من حيث شرط ، فإن لم يشرط فمن كسبه ، وإن لم يكن كسبا فإن قلنا أنه ملك لله تعالى ، فنى بيت المال ، وإن قلنا أنه ملك للموقوف عليه أو الواقف ، فنفقته على حكمنا له بالملك هكذا هو فى العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (والموقوف عليه ، لا لنفع خاص ريع ، كولدٍ حادثٍ وَمَهْر لا وطء ، ويزوجها قاض بإذنه لا منه) .

أى : وإذا قلنا أن الملك ينتقل إلى الله فى رقبة الوقف ، وأما رَيْعُه فإنه للموقوف عليه فيملك الدر والنسل والمهر إن وطئ الموقوفة بشبهة أو تزوجت ، وهذا كله إذا لم يخص الموقوف نفْعًا خاصًا ، فإن وقف عليه دابة ليركبها فى حوائجه أو جارية لتغسل ثيابه فقط صح وبقى در الدابة ونسلها ومهر الجارية ومنافعها للواقف . وإذا وقف الجارية عليه وقفاً مطلقاً فكل منافعها للموقوف عليه حتى ولدها الحادث والمهر ، وأما الحَمْل الموجود حال الوقف فالأصح أنه وَقْفٌ بناءً على أن الحمل يعرف ويأخذ قسطاً ، ولا يجوز للواقف ولا للموقوف عليه وطء الموقوفة ، وإن قلنا الملك له ، لأنه ملك ضعيف . وإنما يجوز تزويجها ، من غير

الموقوف عليه لكن بولاية الحاكم وإذْن الموقوف عليه ، إذْ الملك فيها لله تعالى والمنافع مستحقة للموقوف عليه ، فلابد من رضاه بتزويجها ، وإن كانت بعض المنافع للموقوف عليه وبعضها للواقف على قولنا ، يجوز ذلك فالظاهر ، أنه لابد من إذنهما ، وقوله فى الحاوى : ويملك رَيْعَه كالنتاج ، فيه أمران:

أَحدهما : قوله ويملك رَيْعَه وهو كما قال لكن إذا وقف عليه دابة ، ليركبها فى حوائجه فقط ، أَو جارية لتغسل ثيابه فقط ، فإنه لايملك ريعها .

الثانى : قوله : كالنتاج ليس على إطلاقه ، بل هو النتاج الحادث ، وأما الحمل الموجود حال الوقف فالأَصح أنه وقف .

وقــوله : وإنْ اندرس شرط واقف سُوِّىَ .

أَى : وإذا وقف وقفاً وعرف مَصْرِفه ولكن جهل ما شرط لكل مستحق وإن لم تكن عادة تدل قُسِمَ بينهم بالسوية ، وقال الرافعى القياس قول بعضهم يترك حتى يصطلحوا .

وقــوله : وَيُشْتَرَى بِبَدَلِ عَبْدٍ ، مِثْلُهُ ، ثم شِقْص ويوقف ، وينتفع بجاف شجَرٍ ، وبيع لمصلحة مَسْجِدٍ حَصِيرٌ بِلى ، وَدَارُه وبإشراف إن وقفت ، كجذعه لا هو .

أَى : وإذا جنى على العبد الموقوف بقتل أَوْ جُرْح ، وسواءُ كان الجانى الواقف أَو الموقوف عليه ، فإنه يجب عليه البدل ، ويشترى بما حصل

من بدل نفسه أَو عضوه عبداً إن اتسع بقيمته ، أَو شقص إن نقص أَو فضل بعده شيء هذا هو الأَصح ، وقيل لا يشترى بل يأْخذه الموقوف عليه ، وقيل الواقف ، وقيل يشترى مِثْله فإن فضل شيء لم يُشْترَ شَيْء ، بل يأْخذه الموقوف عليه كفوائده ،وقيل أَرش ما دون النفس من جملة فوائده ، ولابد أَن يوقف العبد المشترى أَو الشِّقص ، ولا يصير وَقفًا بنفس الشراءِ على الأَصح ، ويشتريه الحاكم ويوقفه ، وإن نقل فى المهمات من الماوردى ، أَن الجارية يزوجها مَنْ شُرِط له النظر حالة الوقف ، ونقله عن شرح الوسيط[1] ، وإذا كان هو الذى يزوجها ، فلا يبعد أَن يكون هنا هو الذى يشترى وإذا اشترى وقف ، وإذا وقف شجراً فجف ، أَو بئراً وانقطع ، فالأَصح أَنه ينتفع الموقوف عليه مع بقاءِ عَيْنِه ما أَمكن ، ولو بأَن يجعله باباً إذا لم يمكن إجارته خشبًا بحاله ، وإن صار حَطبًا أَوْقدَ بِهِ ، ويباع حصير المسجد إذا بلى وذهب جماله لمصلحة المسجد ، والأَولى أَن يشترى به حصيراً إن أَمكن ، وكذلك يباع جذعه إذا انكسر أَو أَشرف على الانكسار وكان لمصلحة ، فإن أَمكن جعله أَبواباً أَو أَلواحاً فعل فى المسجد ، وإذا وقف على المسجد دارا فخربت أَو أَشرفت على الهلاك وكان المصلحة فى بيعها بيعت ، وإن أَمكن إصلاحها عمل بالمصلحة وهذا كله إنما يجوز بعد وجود التلف ونحوه ، وكون البيع هو الأَصلح للمسجد ، وإلا فلا يجوز بيعه

---

(١) شرح الوسيط المسمى « بالمحيط »للشيخ محيى الدين محمدبن يحيى النيسابورى الخيوشانى شرح به الوسيط للإمام الغزالى فى ستة عشر مجلداً ووقفه بالمدرسة الصلاحية بجوار الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه . وكان الشيخ محيى الدين تلميذاً للغزالى وتوفى رحمه الله تعالى فى سنة ٥٤٨ ثمانوأربعين وخمسمائة وشرح الوسيط أيضاً الشيخ نجم الدين احمد بن محمد المعروف بابن الرفعة فى ستين مجلداً وسماه « المطلب » . ج ٢ /٢٠٠٨ كشف الظنون .

بحال سواءُ انهدم وخربت المحلة وانتقل الساكنون حوله أم لا ، واعلم أن ما هو للمسجد حصيرا وقناديل ودورا ودواب ، وإن لم يوقف عليه جاز بيعه لمصلحته وإن لم يشرف على التلف .

الهبة (والعمرة والرقبى)

وقـوله : (الْهِبَةُ[1] تَمْلِيك مَا يُبَاع ، وحبتىْ برٍ ، لا مَوْصُوفٍ فى الذِّمةِ ، بلا عوضٍ بإيجابٍ وقبولٍ متصلٍ) .

أى : الهبة تمليك فلابد فيها من العاقدين وكون الموهوب يصح بيعه واستثنى جواز هبة حبتى بُرٍ ، وعدم جواز هبة موصوف فى الذمة ، وإن جاز بيعه على الصحيح وقبل يكون سَلَماً ، ولم يستثنها فى الحاوى ، وإنما يكون هبة ما حصل الملك فيه بغير عوض ، وإن قال وهبت منه هذا بدراهم ، فهدا بيع ، وقد سبق بيانه ، ولابد فيها

---

(١) الهبة أى مطلقها ثلاثة أنواع ، هبة وصدقة وهدية ، والهبة المطلقة: تمليك تطوع فى الحياة ، فخرج بالأول نحو العارية والضيافة والوقف وبالثانى : نحو البيع والزكاة والنذر ،والكفارة ، وبالثالث الوصية لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت ، ولا يرد عليه ، لو أهدى الغنى من لحم نحو الأضحية ، لأن فيه تمليكاً وأن منع من التصرف فيه بنحو البيع ، وأما الهبة التى هى أحد الأنواع الثلاثة ، فهى تمليك بصيغة بلا عوض خال عما يأتى فى النوعين الآخرين ، وحيث أطلقت الهبة أى فى كلام الفقهاء انصرفت إلى هذا ، وفى كلام الحالف انصرفت إلى المعنى الأعم ، فكل من هذه الثلاثة هبة بالمعنى الأعم ،لأن الأخص يطلق عليه الأعم ولا عكس ،أى ليست الهبة بالمعنى الأعم كل واحد من هذه الثلاثة على حدته ، لأن الأخص لا يطلق على الأعم ، ونظير ذلك أطلاق النبى على الرسول ولا عكس، ومن ثم يحنث من حلف لايهب بأحدها لا إن عكس ، وتجتمع الثلاثة بل الأربعة فيما لو ملك لثواب الآخرة ونقله إليه إكراماً ، بصيغة ، وأفضلها الصدقة ، وأركان الهبة أربعة العاقدان ويشترط فيهما مامر فى البيع أى فى البائع والمشترى نعم يعتبر فى المملك أهلية التبرع وفى المتملك أهلية الملك ولو سفيها الثالث الموهوب وهو غالباً مايباع فما جاز بيعه جازت هبته ومالا كمغصوب من غير قادر وغير مرئى وزرع وثمر قبل بد والصلاح من غير شرط القطع فلا يجامع أنهما تمليك فى الحياة / ف (١) ص ٣٤ ، ص ١٤٤ ، (٢) ص ٥٧ اربع الأول .

من الإِيجاب والقبول ، باللفظ[1] متصلا ، كسائر العقود .

وقـوله : (وإِن وقت بعُمْرٍ مُهِّبَ ، لا غيره كوهبت لك ، عُمْرَك أَو أَعمرتك إِياه ، أَو أَرْقَبْتُه صح ، وإِن شرط عوده إِليه بَعْد مَوْتِهِ أَو إِلى وارِثِه ولا يَعُودُ) .

أَى : وتصح الهبة إِنْ وقتتْ بعمر المُهِّب ، مثل وهبته لك عمرك ، أَو مدة حياتك ، أَو أَعمرتك هذه الأَرض أَو هذه الدار ، ومعناه جعلتها لك مدة عمرك فكانت العرب تستعمل فى الجاهلية لفظين ، وهما العمرى والرقبى ، فللعمرة ثلاثة أَحوال ، أَحدها أَن يقول : « أَعمرتك هذه الأَرض فإِذا مت فهى لورثتك» ،فتنعقد هبة لأَن هذه الهبة بعينها ، الثانية أَن يقول : « أَعمرتك هذه الأَرض أَو جعلتها لك عمرك ولم يزد على ذلك » ، فهذه أَيضاً تصح هبة ،ويرثها ورثة الموهوب له لقوله : صلى الله عليه وسلم : « العمرى ميراث لأَهلها[2] » وعن جابر رضى الله عنه أَن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تعمروا طمعاً فى أَن يعود إِليكم » وليس فى توقيت التمليك بالعمرى ما ينافى كونها موروثة لعقِبه ، بل شرْط الانتقال إِلى الوارث ، أَن يملكها الموروث ،إِلى آخر

---

(١) وهذا هو الركن الرابع من أركان الهبة ويعبر عنه بالصيغة وشرطها مامر فى البيع من كونها لفظ يشعر بالأيجاب والقبول وما فى معنى ذلك كنحو إشارة الأخرس . وأن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل ، ويعبر عنه بالمولاة بين الإيجاب والقبول ولا بد أن تكون بلفظ الهبة فلا تصح بلفظ البيع كما أشار المؤلف بقوله لاتعب بلا ثمن » ودليلها من الكتاب قوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » الآية ٢ من سورة المائدة ، قالوا والهبةبر ، وقوله تعالى « وأتى المال على حبه ذوى القربى » الآية ١٧٧ من سورة البقرة وقوله صلى الله عليه وسلم « لاتحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » وانعقد الإجماع على استحبابها لما ورد فيها من أدلة كثيرة ، منها حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لو دعيت إلى دراع أو ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت » ، رواه البخارى ، وعن أم حكيم الخزاعية عند الطبرانى قالت « أنى قلت يارسول الله تكره رد اللطف قال : ما أقبحه لو أهدى إلى كراع لقبلت » قال فى القاموس اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام ، وغير ذلك كثير ، ص ٣٤٥ جـ ٥ نيل الأوطار .

(٢) متفق عليه من حديث أبى هريرة ، وحديث جابر رواه الإمام احمد ومسلم ص ١٢ ، ١٣ جـ ٦ نيل الأوطار .

عمره ، الثالثة : أَن يقول جعلتها لك عمرك أَو حياتك ، فإِذا مِتّ عادت إِليَّ أَو إِلى وارثى إِن مُتُ ، والأَكثرون على أَن هذه هبة صحيحة والشرط باطل وهو القول الجديد ، وكأَنه أَخذ بإِطلاق الأَحاديث الصحيحة وعدل عن مقتضى القياس فى الشرط الفاسد .

وأَما الرقْبى فهو أَن يقول : « وهبت لك هذه الدار عمرك ، على أَنك إِن مت قبلى عادت إِلى وإِن مت قبلك استقرت لك » لا أَثر فى المنع وإِن بقى : أَن مت قبلى عادت إِلى : فهو كالعمرى فتصح على الصحيح ويبطل الشرط ، وهو معنى قوله فى الأَصل ولا يعود ، وإِذا وقت لغير عمر المهِّب ، كوهبت لك هذه الدار عمر زيد ، أَو عمرى أَو سنة ونحوها لم تصح ، وذلك لأَنه قد يموت قبل الموهوب له فيكون الملك مؤقتاً بزمَانٍ ينقضى وهو حى فينافى الإِملاك الذى انتهى بانتهاءِ العمر .

وقــوله : (ولا بعت بلا ثمن ولا تعليق) .

أَى : لا تصح الهبة بلفظ البيع ، فإِذا قال بعتك هذا العبد بلا ثمن لم يملك لتنافى اللفظين[1] ، ولا يجوز تعليق الهبة بالشرط ، كقوله : « إِذا جاء رأَس الشهر فقد وهبتك هذه » .

وقــوله : (وَهِبة دَيْن لمدين إِبْراء) .

---

(١) فلفظ البيع يقتضى التملك بعوض ولفظ الهبة يقتضى التملك بلا عوض وفى تنافى المعنيين تعارض لذا لم تصح وفهم من هذا أن البيع تمليك بعوض والهبة تمليك بلا عوض ولذا قالوا كل ما جاز بيعه جاز هبته غالباً ليخرج حبة البر والاختصاص فإنه لايجوز بيعه وتصح هبته ، وكذا الجارية المرهونة إذا استولدها الراهن فإنه يجوز بيعها للضرورة ولا يجوز هبتها لامن المرتهن ولا من غيره ، وهناك مسائل أخرى ترد على هذا الضابط فلذا وضعوا اللفظ غالباً ، وقالوا إن مطلق الهبة لايقتضى عدم العوضية ومطلق البيع يقتضى العوضية ولهذا صح وهبتك بألف بيعاً / هـ .

أَى : ويجوز هبة الدين ، ممن هو عليه ، ويكون إبراء لا يحتاج إلى القبول على المذهب فلا يجوز هبته من غيره ، على المذهب .

وقوله : (وأَنما تملك هبة[1] بقَبْضٍ ولو وارثاً[2] من مثله) .

أَى : الهبة لا تملك إلا بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض ، ثم ماتا ، أَو أَحدهما لم يبطل العقد ، لكن يقوم فيه الوارث مقام مورثه فلوارثيهما الخيار كما كان لهما ، وإن طالب وارث المهَّب بالقبض ، وأَذن فيه وارث الواهب فقبض حصل الملك وإلا فلا .

وقوله : (وكفى فى هدية ، وهو ما ينقل إكراماً ، بَذْلٌ وقَبْضٌ ، كصدقة لله تعالى ولا ثواب ، ولو لأَعلى) .

أَى : ولا يشترط القبول والإِيجاب فى الهدية والصدقة على الصحيح ، والهدية والصدقة نوعان من الهبة ، فإن الهدية ما يحمل إلى المهدى إليه على نية الإِكرام ، والصدقة وما هو لله تعالى وابتغاء الثواب من عند الله ، فكانت الهدية بالحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبلها ولا لفظ هناك ، ومازال السلف على ذلك ، يبعثون بها على أَيدى الصبيان الذين لا عبارة لهم ، ولا يجب فى الهبة ولا فى الهدية عوض ، ولو كانت من الأَدنى إلى الأَعْلى على الصحيح ، ولم يكتف فى الحاوى[3]

---

(١) أى بأنواعها الثلاثة ، والمراد بالهبة هنا الموهوب فإنه يملك بالقبض / ف .

(٢) لقيام الوارث مقام المورث فيما كان له فعلم أن موت أحدهما لايفسخ العقد ؛لأنه يؤول إلى اللزوم ، بخلاف نحو الشركة ، نعم يبطل الإذن فى القبض كالحجر عليه وكالموت الجنون والإغماء لكنه لاقبض إلا بعد الإفاقة ، ويصح بيع الواهب قبل القبض وإن ظن لزوم الهبة / ف .

(٣) وفى ح « الهبة تمليك بلا عوض ولو من الأعلى بإيجاب كأعمرتك أو جعلته لك عمرك أو حياتك أو ماعشت وإن زاد وإن مت قبلى عاد إلى أو إلى وارثى إن مت . . . لخ .

بالبذل والقبض عن الإيجاب والقبول إلا فى الهدية ، وإن اقتضى أن االصدقة عنده يشترط فيها الإيجاب والقبول ، والصحيح أنه لا يشترط فيها ، وأن حكمها وحكم الهدية واحد ، وقد صرح بذلك فى العزيز والروضة .

وقـوله : (ولأصل وهب لفرع رجوع بزائد اتصل ، وإن غرس ودبر وأجَّر ، وزوَّج ، وتَخلُّل عصير ، كبائع فسخ) .

أى : والأصل هو من له ولادة من أب وجد وجدة من الطرفين ، ووهب لفرعه شيئاً أن يرجع فيه ، فيأخذه مع الزيادة المتصلة لا المنفصلة ، وقد سبق فى الرد بالعيب ، أن الحمل له حكم المنفصل إن حدث فيكون على هذا للولد ، وإلا فهو للوالد وإن الفصل ، ولو وهب له أمة فدبرها أو أجرها أو زَوَّجَها أو وهب له عصيراً فصار خمراً ثم خلا ، أو أرضاً فغرسها أو بنى فيها جاز له أن يرجع فى الموهوب مع ما ذكرناه كالبائع بفسخ بعيب الثمن فيرجع إلى المبيع مع هذه الزيادة ، والتغير المذكور وللغراس والبناء حكمه فى العارية . وقوله فى الحاوى[1] ويرجع الأصل ، بالزائد المتصل إلى آخره فيه أمران :

أحدهما : قوله ويرجع الأصل ، ولو أسقط الرجوع كالبائع مقتضاه ، للبائع يرجع فى المبيع بالزيادة ونحوه وأن أسقط الرجوع

---

(١) وفى ح « ويرجع الأصل بالزائد المتصل ما يليه ولو أسقط الرجوع وتخلل ودبر وزرع وزوج وأجر كالبائع وانفك الرهن والكتابة .

مع العلم أَن مراده استواؤهما فى الرجوع ، لا فى إسقاطه ، لكن اللفظ لا يخليه ومُراده .

الثانى : قوله ويرجع ولو أَسقط الرجوع وانْفَكَّ الرهن والكتابة ، فعطف وانفك على قوله وإن سقط فاقتضى أَن يكون رُجوعه قبل انفكاك الرهن والكتابةُ أَولى من رجوعه بعده ، كما أَن الرجوع قبل الإسقاط ونحوه أَولى منه بعده ، ومعلوم أَنه لم يزد على ذلك .

وقـوله : (لا إن تفرَّخ أَو نبَتَ أَو تعَلَّق به حق ، أَو كاتبه ولم ينفك ، أَو زال مِلْكُه وإن عاد برجعت نقصت ونحوه وإن أَسقط الرجوع لا يتصرف ووطء) .

أَى : ويرجع فيما وهب لولده إلاَّ إذا كان الموهوب بيضاً فتفرخ أَو بذراً فبذره ونبت ، لأَن الموهوب استهلك وهو فى ملك الفرع ، وكذلك لا يرجع فى الموهوب إذا رهنه الفرع وأَقبضه ، أَو كان عبداً وكاتبه ، ولم ينفك الرهن والكتابة ، وكذا كل حق يتعلق به من أَرش الجناية والغرماء بعد الحجر ، ولا أَثر لحجر السفيه ، وهو يرد على الحاوى : وقوله ما يليه ، فإنه هنا قد ارتفعَتْ ولايته بالسفه ولم يرتفع الرجوع ، وللأَب أَن يفدى الجانى ، بأَقل الأَمرين ، والمرهون بكل الدين ، لا بالقيمة فقط ، ثم يرجع ، لأَن له أَنْ يقْضى دين الأَجنبى لكن يشترط رضا الغريم ، فإذا انْفَكَّ فى كل هذا فله الرجوع ، أَما إذا زال ملكه عنه فإنه لا يرجع فيه على الصحيح ، وإن عاد إلى ملك الوالد بفسخ أَو شراء أَو أَرث ونحوه فإن وهب له

شيئاً فوهبه لجده ، ثم وهبه الجد له ثبت الرجوع فيه للجد لا للأَب ، وإنما يرجع باللفظ ، نحو رجعت فيما وهبته له ونقلته وفسخته ونحوه فله أَن يرجع ، وإن أَسقط الرجوع ، لأَنه رجوع متعلق ببقاءِ الموهوب لم يوجبه على عين ، فدام بدوامه ، وإن تصرف الأَب فيما وهب لولده فباعه أَو وهبه أَو أَعتقه أَو وطىء الجارية - لم يكن ذلك رجوعاً على الأَصح ، والوطء حرام ، وإن قلنا أَنه برجوع لاستحالة حِله لشخصين .

اللقطة

وقوله : (باب[1] : لِحُرٍّ ومُبَعَّضٍ ومكاتب لَقْطُ ضائِعٍ ، لا مميِّز يأَمن ، ونُدِب إن وثق بدينِهِ لحفظ وبسقوطٍ وغَفْلَةٍ فيما لم تحُزْهُ يَدٌ ، وثَمّ مسلمون كدفينٍ إسلامى لتملك أَو اختصاص بنحو كلب)

أَى : ويجوز للحر التقاط ما ضاع ، لما روى عن زيد بن خالد الجهنى . قال : « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأَله عن

---

(١) أى فى اللقطة وهى لغة : الشىء الملقوط ، وشرعاً ما وجد من حق لغير حربى ضائع محترم وليس بمحرز غالباً ، ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مستحقه ، وفارقت المال الضائع ، وهو الذى يحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه ، بأن يحرز بحرز مثله ، كالذى بمودع الحكم أو بمحل مغلق لايعرف مالكه فيحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه إن رجاه ، وإلا صار لبيت المال ، فيصرفه مصارفه ، واشتراط الحرز فيه ، دونها غالب إذ منه ودائع مات عنها مورثه ولا يعرف مالكها ، وثوب ألقاه هارب أو ريح فى حجر إنسان فيلزمه رده لمالكه فوراً إن عرفه وإلا حفظه أو أعطاه الإمام كما يأتى ، ومنها درهم وجده فى أرض مملوكة أو بيت وشك أهو لمالكه أو لمن يدخله فعليه تعريفه لمن يدخله ، فإن قلت القياس أن له التصرف فيه اعتماداً على كونه يملكه ويده عليه ، قلت ممنوع لأن هذه دلالة ضعيفة ، لما يأتى فى الشهادات بالملك ، وقد عارضها الشك فى كونه للغير فلزمة الاحتياط ، فإن قلت لم عدلت عن تعبير القفال : بلا يدرى أهو له إلى آخره » إلى وشك ، قلت لأن الظاهر أنه لا يلزمه ذلك إلا عند الشك لأن فيه تردداً على السواء فلا مرجح بخلاف الوهم فإن عارضه ظن كونه له فجاز العمل به ، وأركانها ثلاثة الأول والثانى الملتقط بالكسر والفتح وفى الالتقاط معنى الأمانة والولاية والاكتساب وهذا هو المغلب ومن ثم جاز /ف . والثالث من الأركان الالتقاط ، وقد ذكر كلا بشروطه .

اللقطة فقال : « أعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك ، فقال : فضالة الغنم فقال : هى لك أو لأخيك ، أو للذئب ، قال فضالة الإبل ، قال مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها »[٢] ويدخل فى قوله : لحر المسلم والذمى فإن له الالتقاط فى دار الإسلام على الأصح تغليباً بمعنى الاكتساب ، ويدخل فيها الفاسق أيضاً لكن يكره وسيأتى الكلام فيه ، ويخرج العبد وسيأتى ذكره ، ويصح التقاط مَنْ بَعْضه حر وبَعْضُه رقيق على المنصوص ، ويصح من المكاتب كتابة صحيحة لاستقلاله بالملك كالحر فالالتقاط جائز لهؤلاء ، مندوب لمن وثق منهم من نفسه بالأمانة وعدم الخيانة ، فإن لم يثق لم يستحب وإن لم يكن فاسقاً ، ويدخل فى قوله ضائع المال وغيره مما يُقْتنى كالكلب والخمر المحترمَةِ ، وما ضاع بسقوط وغفلة وما ألقته الريحُ فى دارك أو طرحه فى حجرها زائر ، أو وُجد فى حَرَم مكة أو غيره أو فى موات أو مملوك ، والجارية ولو محترمة ، وما يمتنع من صغار السباع فى المفازة وغيرها كل هذا يجوز التقاطه للحفظ إلا الرقيق المميز وقت الأمن فإن كان خوف جاز التقاطه لحفظه أو يملّكه ثم إن كان الضياع بسقوط أو غفْلة من المالك ووجد فى دار الإسلام أو فى دار الحرب وثم مسلمون جاز التقاطه بقصد التملك أيضاً ،

---

(١) هذا الحديث من رواية زيد بن خالد متفق عليه ورواه الإمام احمد ولم يقل فيه الذهب أو الورق وهو صريح فى التقاط الغنم . وفى رواية لمسلم « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهى لك ص ٣٣٨ حـ ٥ نيل الأوطار » والأصل فيها الآيات الآمرة بالبر والإحسان ، إذ فى أخذها لحفظ والرد بر وإحسان والأخبار الواردة فيها كثيرة ، لما فيها من التعاون بين المسلمين كما جاء فى خبر مسلم « والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » ص ١٣٤ حـ٤ بلوغ المرام وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » الآية ٢ من سورة المائدة .

أما إذا لم يكن هناك مسلمون فهو غنيمة للملتقط ، ويجب خمسها لأَهل الخمس ، ويشترط أَن يوجد فى موات أَو شارع ولو مسجدا ، فأَما إذا وجد فى مملوك أَو موقوف فإنه لا يؤخذ لِتمَلُّك ، بل هو لصاحب اليد إن أَمكن ، فإن لم يَدَّعه فلمن قبله من مالك أَو مستأْجر أَومستعير وهكذا إلى الْمَحْيي ثم هو لقطة يجوز أَخْذُها بقصد التملك ، كما يجوز أَخذ الكنز المدفون فى الإِسلام بقصد التملك بالتعريف وما ينتفع به ويملك كجلود الميتة ، والخمر المحترمة ، وكذا الكلب – حَيثُ جوزنا التقاط ما يمتنع من صغار السباع جاز التقاط الاختصاص ، ويجب تعريفه سنة .

وقوله : (لا بالحرم[1] وأَمة تَحِلُّ له ، ولا مُمْتَنِع مِنْ صِغَارِ سِبَاعٍ ، بمفَازَةٍ ، أَمِنَةٍ ، ولا مَا قَارَن لُقَطَةً قَصْدُ خِيانَةٍ ، بعد تَعْرِيف ، ما يُقْصَدُ ، وَوَجَبَ ، وإنْ حَفِظَه ، وأَكل ، ونُدِبَ بأَوصاف بها فقَلِيلٌ بقدره وكَثِيرٌ سَنَةً ، وإن تفرقت ، ويُعَرَّف كل يوم مرتين ، ثم مَرَّة ثم كل أُسبوع ثم كل شهر) .

أَى : لا يجوز التقاط للتملك فى حرم مكة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تحل لقطتها إلا لمنشد[2] ، » أَى لمعرف على الدوام لا لتملك ، وإلا فكسائر البلاد كذلك ، فكذلك لا يجوز أَن يلتقط أَمةً للتملك

---

(١) وحكمته أن مكة مثابة للناس يتكرر عودهم إليها ، فربما عاد مالكه ، أو نائبه ، وتجب الإقامة للتعريف به ، أو دفعه للحاكم أى إن كان أميناً أخذا مما يأتى ، فى الوديعة ، وإلا فإلى ثقة ، يعرفه نيابة عنه ، فيما يظهر فيها ، ويتخير كذلك فى كل ما التقطه ، لحفظ ، / ف .

(٢) رواه الشيخان بلفظ « أن هذا البلد حرمه الله لايلتقط لقطعه إلا من عرفها ، وفى رواية للبخارى « لا تحل لقطته إلا لمنشد » أى لمعرف والمعنى على الدوام وإلا فسائر البلاد كذلك فلا تظهر فائدة التخصيص ص ٢٤ حـ ٥ نيل الأوطار .

إن كانت ممن يَحِلُ له وطؤها بالملك لأَن التملك يبيح الوطء فامتنع كامتناع إقراضها ، فإن كانت مَحْرماً له جاز تملكها إن جاز التقاطها ، إن كانت غير مميزة أو فى زمن مخوف فكذلك ليس له أن يتملك ما يمتنع من صغار السباع أَما بقوته كإبل ، أَو بَعدْوِه كظبى والأَرْنب المملوك أَو بطيرانه إذا كانت فى مفَازةٍ آمِنَة ، فإن كانت من مخوف أَو نهب جاز التقاطها للتملك ، ولا يَمْلكها بالتعريف كغيرها وكذلك إذا وجدت فى البلد فإنه يجوز التقاطها للتملك أَيضاً لأَنه لا يؤمن من الخونة ، أَما ما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم الكسير من غيره ، فإنه يجوز أَخذه للتملك فىالبلد والمفازة ، ولو أَخذ اللقيط بنية الخيانة صار غاصباً ، ولم يجز له أَن يتملكها بالتعريف إذا رجع عن تلك النية لأَن يده صارت غاصبة ، فإن أَخذها للحفظ أَو للتملك ، ثم نوى الخيانة وأَن يتصرف فيها ، لم يصر خائناً بالنية .

وفهم من هذا أَن من أَخذها بنية الحفظ ولم ينو حفظاً ولا ملكاً ولا خيانة أَن له إحداث نية التملك بالتعريف .

ويجب تعريف اللقطة ، فإذا كانت رطَبَةً لا تَتَمَّر أَو عِنباً لا يتزبب فتملكه وأَكله كما سيأَتى فإنه يلزمه التعريف بعد الأَصح على الأَصح .

وإنما يجب تعريف اللقطة ، إذا كانت مما يتناول أَو ينتفع به نفعاً يُقْصَدُ فإن قصد التملك فالتعريف شرط فى صحته ، وهل يجب إذاقصد الحفظ أَيضاً ، قال فى العزيز والروضة : فيه وجهان أَصحهما عند الإمام والغزالى وجوبه ، لئلا يكون كتماناً مفوتاً للحفظ على

صاحبه ، الثانى الأَكثرون لا يجب قال النووى الأَول أَقوى ، وهو المختار ، وقال : الأَذرعى وصححه الكافى والنووى فى شرح مسلم وبه جزم والبغوى ، وظاهر كلام الماوردى ، الجزم به ، وهو الصحيح انتهى . وقد قطع به فى الإِرشاد ، بقوله : وإن حفظ ، ويستحب إذا عرف أَن يذكر من أَوصافها شيئاً ، فلا يستوعب ، ومن استوعب أَوصافها ، وادعى آخر وأَخذها كاذباً ثم ظهر مالكها ضمن ، على الأَصح ، وقيل يجب أَن يذكر بعض الأَوصاف ، والصحيح أَنه يكفى أَن يقول ، من ضاع منه شىء والأَولى أَن يتعرض لِلْعِفاص وهو الوعاء ، هكذا ذكره ، وقال فى الصحاح : والعفاص جلد يَلبس رأس القارورة ، وأَما الوكاء فهو الحبل الذى يربط به ، ومكان الالتقاط وتاريخه وجنسه ، أَذهب أَم فضة ؟ ويستحب لمن وجد اللقطة : أَن يُشْهد على نفسه : أَنى وجدت لقطة ، ويصفها للشهود بالأَوصاف التى يندب أَن يعرفها ولا يزيد عليها ، للحديث « فليشهد عليها[1] » ويعرف القليل بقدره ، ولو بعد أَكل ما جوزنا له أَكله ، فأَما ما لايُقصَد نفعه فلا يجب تعريفه ، وأَما القليل فالأَصح أَنه ما يغلب على الظن أَن فاقده لا يكثر أَسفه ، عليه ولا يطول طلبه له غالباً ، فيعرفه على قدر الطلب فى مثله ، أَما غير ذلك فيجب تعريفه سنة ، ولا يجب أَن تكون متصلا بالالتقاط بل يجب التأَخير على الأَصح ، ولا يشترط أَن تكون

---

(١) رواه احمد وابن ماجه عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل أو . . لخ أو ليحفظ أعفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجىء صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء » هذا لفظه بتمامه عند احمد وابن ماجه وفى لفظ للبيهقى « ثم لا يكتم وليعرف » ورواه الطبرانى ، وله طرق ، متعددة ، ص ٣٣٨ حـ ٥ نيل الأوطار .

السنة متصلة ، بل لو عرف سنة من سنتين أو ثلاث جاز ، ولا يشترط أن يستوعب السنة بالتعريف، بل كالعادة فيعرف فى الابتداءِ كل يوم مرتين فى طرفى النهار ، ثم فى كل أسبوع مرتين ثم مرة ، ثم فى كل شهر كذلك بحيث لا ينسب أنه تكرير ما مضى ، ولابد من التملك باللقط ، وأما ما لا يتحول فيأخذه من غير تمليك ولا يصح تملكه وقوله فى الحاوى[1] : للحر وحر البعض إلى قوله فى كل شهر ، فيه أمور :

أَحدها : قوله للحر لقط ما ضاع بسقوط للحفظ ، يوهم أنه لا يجوز التقاط ما أَلقَتْه الريح فى داره للحفظ وليس كذلك ، بل له ذلك ، وإنما منع التقاطه للتملك .

الثانى : أنه اكتفى بالسقوط ونحوه ، فاقتضى أن وجوده فى المملوك ، يجوز أَخذه للتملك وليس كذلك كما ذكره الأَصحاب .

الثالث : أنه يشترط أن يكون ذلك فى الإسلام ، أو فى دار الحرب وفيه مسلمون وإلا فهو غنيمة كما بيناه .

الرابع : كدفين بلا ضرب الجاهلية ، اعتبر الضرب وليس كذلك ، بل المعتبر الدفن ، فلو كان الدفن إسلامياً وعليه ضرب الجاهلية فهو لقطة حملا على أنه أخذه مسلم أو ذمى ودفنه .

---

(١) وفى ح « لحر وحر البعض والمكاتب لقط ماضاع بسقوط أو غفلة كدفين بلا ضرب الجاهلية لا المميز وندب إن أمن الخيانة والاشهاد عليه بتعريف شيء للحفظ ولا تعريف عليه إذاً وللتملك لا الممتنع من صغار السباع فى المفازة وأمة تحل له وبالحرم ولا إن أخذ لخيانة حالا إن لم يتحول وما يقل إن عرف بقدره بذكر صفات ولغيره سنة متصلة كل يوم مرتين ثم مرة فى كل أسبوع ثم فى كل شهر .

الخامس : قوله إلا المميز يقتضى أن المميز لا يلتقط مطلقاً وليس كذلك بل إذا كان زمن نهب أو خوف جاز التقاطه للتملك كما سبق قاله فى العزيز والروضة .

السادس : قوله لا الممتنع من صِغار السباع فى المفازة كغيرها يجوز أخذه للتملك والحفظ .

السابع : قوله : ولا تعريف عليه إذاً يعنى إذا قصد الحفظ ، وقد بينا أن الذى صححه الإمام والغزالى قال النووى أنه الأقوى ، والمختار أنه يستحب التعريف مطلقاً .

الثامن : أن القائل بأن التعريف لا يجب إذا قصد الحفظ يوجبه فى لُقطَةِ الحرم ، ومقتضى إطلاقه أنه لا يجب فى الحرم ولا غيره .

التاسع : حالا إن لم يتمول مقتضاه إنما يباح بشرط تملكه ، وقد قال الإمام : إن ما لا يتمول يعنى لقلته لا يتملك ، وتُردِّد فى جواز هبته ، وقال إنما يعيده الاختصاص به كالكلب ، ، إذا جوزنا هبته ، قال : لا يجوز فى هذا أبْعد لعدم نفعه ، والذى فى الروضة ، أن ما لا يتمول لقلته لا يجب تعريفه ، ولأخذه الاشتداد به ولم يشترط تملكاً ، وعبارة التتمة فله أن ينتفع به من غير تعريف ولم يتعرضوا للتملك .

والعاشر: والحادى عشر : قوله وما يقل إن عُرف تقديره ، بذكر الصفات وعليه مؤنة ، ولغيره سنة يوهم اختصاص هذَيْن الحكمين بالقليل دون الكثير وليس كذلك .

الثانى عشر والثالث عشر : قوله متصلة تبع فيه الوجيز حيث قال: الثالث فى التعريف وهو واجبٌ سَنَةً عقيب الالتقاط ، قاله فى الروضة ، وفى وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان الأَصح أَنه يقتضيه كلام الجمهور ، لا يجب بل المعتبر تعريف سنة متى كان وأَيضاً ، مقتضاه أَنه لا يجوز تفريق[1] السنة إذا شرع ، والصحيح الذى قطع به العراقيون كما قال الرافعى وصححه البغوى ، أَنّه يجوز لأَنه قد عرف سنة .

وقــوله : (فى بلده أَو فى بلد ونحوه ، إن وجد بصحراء ، ومؤنه على متملك)

أَى : ويجب أَن يُعَّرف فى بلد الالتقاط إن التقط ببلد ، وإن التقط بالصحراءِ لم يفد التعريف فيها ، فيعرف حيث يفيد مثل البلد ومثل قافلته ، وإن رجع إلى بلد أَو قصد بلدة أُخرى عَرّف فيها ، ولا يكلف أَن يُعَيِّن قصده ، ويعِدل إلى أَقرب البلاد على الأَصح ، وليكثر التعريف فى موضع الالتقاط من البلد وفى السوق ، ومجامع النَاس وأَبواب المساجد ، ويكره أَنْ يعرِّف فيها وينشد ضالة ، ونقل الرافعى عن الشاش أَن الأَصح إباحة التعريف فى مسجد الحرم ، بخلاف سائر المساجد ، ومؤنة التعريف على الملتقط إن قصد التملك سواء جاء صاحبها أَم لا ، وإن قصد الحفظ وعَرَّف فهو متبرع وإن قلنا يجب عليه التعريف رفع الأَمر إلى الحاكم ، ليبيع له منها ما يعرفها به .

---

(١) بمعنى جعلها مفرقة موزعة على سنتين ، أو ثلاث ، فإذا وزع التعريف بها على هذه المدة لايصح /هـ .

وقـوله : (وبَاع حيواناً وما يَفْسُدُ بحاكم وُجدَ[1] ، أَو تملك وأَكل لا حيوانا ، ولقيطةٍ باع ما يَجفُّ) .

أَى : وإذا وجد ما يمتنع من صغار السباع كالشاة والعجل وما لا يمتنع حيث جوزنا التقاطه ، بأَن كان فى البلد أَو مفازَةٍ غير آمنة ، فإن كان فى مفازة فهو مخير بين أَن يتملكه ويأكله ، وبين أَن يبيعه إن وجد هناك من يشتريه ثم يحفظ ثمنه ، وأما إنْ وجد فى العمران أَو نقلها إليه ، فإنه لا يجوز له أَكلها على الصحيح ، لأَن بيعها يسهل هناك وأَما ما يفسد كالهريسة والبطيخ والعنب والرطب فإن له أَن يتملكه ويأكله سواء فى بلد أَو صحراء على الأَصح وله أَن يبيعه ويحفظ ثمنه ، وهذا البيع إنما يكون بإذن الحاكم ، فإن باع بلا إذن - وثم حاكم ضمن وإن لم يكن حاكم فله الاستقلال بالبيع وإن كان مما يمكن تجفيفه فيرفع إلى الحاكم ليأذَن فى بيع شئ منه لتجفيفه به إن لم يتبرع وقوله فى الحاوى[2] : وهو أَمانة ما لم يتملك وثمنه إن باع بالحاكم إن كان ، ويأكله إن فسد كالشاة فى الصحراء أَو جفف إن أَمكن ، والاختصاص بالكلية فيه أُمور :

أَحدها : قوله : وهو أَمانة وثمنه إن باع يوهم تجويز بيع كل لقطة بالحاكم ، ولهذا فسره القونوى ، فقال ويفهم من ذلك بجواز

---

(١) قوله بحاكم وجد محله أن وجد بصفة الأمانة ، وإلا كأن خشى منه إذا أطلعه عليه يأخذه ويتلفه على مالكه ، بنفسه فينبغى أن لايجوز له حينئذ الرفع إليه ، أخذاً مما يأتى ، فى الوديعة ، وغيرها ، وحينئذ يستقل به اللاقط ، إن كان عدلا هنا أيضاً ، وألا يأتى فيه مايأتى أنه يحكم عدلا لخ /ف .

(٢) وفى ح « وهو أمانة مالم يتملك وإن قصد الخيانة بعد الأخذ وثمنه إن باع بالحاكم إن كان ويأكله إن فسد كالشاة أو فى الصحراء أو جفف إن أمكن وللاختصاص بالكلب » .

بيعه ؛ فعلى هذا يكون الملتقط بالخيار فى كل لقطة بين إمساكها وبين بيعها لأنه ثابت بالملك فى الحفظ فكذا فى البيع انتهى ، وليس كذلك بل بيع اللقطة لا يجوز إلا بضرورة ، كما إذا كانت تفسد كالهريسة ونحوها ، أو تأكل نفسها كالحيوان .

الثانى : قوله ويأكله ، إن فسد لا يعنى أن جواز الأكل متوقف على الفساد بل يعنى ويأكله إن كان مما يفسد ، سريعاً كالهريسة .

الثالث : قوله كشاة مقتضاه أن الشاة تؤكل فى العمران أيضاً ، لأنه جعلها مثالا لما يؤكل ، وهو يؤكل فى الصحراء والعمران ، وذلك وجه ، والصحيح فى العزيز والروضة ، وغيرهما المنع من أكل الشاة فى العمران .

الرابع : قوله : أو فى الصحراء ، لا حاجة إليه ، لأنا إذا جوزنا الأكل فى البلد ففى الصحراء أولى ، ولَعَلَّ لفظه أو غلط من الناسخ ومع حذفِها يزول الإشكال ، وقد تشابه عليه فى التيسير ، فقال : وله أنْ يأكل من الملقوط إن كان يفسد كالهريسة والشاة التى تفسد لمرض ونحوه ، سواء وجده فى العمران أو فى الصحراء ، وأن يأكل الحيوان الذى لا يمتنع من صغار السباع فى الصحراء دون العمران ، وهذا الذى قاله صحيح فى نفسه ، لكن جعل الشاة مثالا لما يفسد وأنه يأكل مطلقاً أو فى الصحراء إن لم يفسد يُلْزِمُ ، والمراد الحكم فى الجميع ، ولا خلاف أن ما لا يفسد لا يؤْكل فى الصحراء والعمران فيفطن له .

الخامس : قوله أَو جفف مقتضاه التخيير بين الأَكل والتجفيف ، والبيع ليس على إطلاقه ، بل والأَصح أَن كانت الغبطة فى تجفيفه ، لا يجوز بيعه رطباً ولا أَكله كما نصّوا عليه يجفف ويصرف من بعضه بإِذن الحاكم .

السادس : قوله : وللاختصاص بالكلب لو قال كالكلب ليدخل ما فى معناه من جلد الميتة والخمر المحترمة لكان أَوْلى.

وقــوله : (وهو وثَمَنُه قَبْلَ تَمَلُّك أَمَانَةٌ ، وإِن طرأَ قصد خيانة) .

أَى : والملقوط أَمانة فى يد الملتقط لا يضمنه قبل التملك إلا بالتفْرِيط ، فإِن باعه حيث يجوز بيعه كما مر لم يضمن . وإِن خالف ما لا يجوز بيعه من غير الحيوان مما لا يفسد أَو باع ما يفسد ونحوه استقلالا وهنا حاكم منها ، أَما بعد التملك من ضمان الملتقط وليس التعْريف التام وَمُضِيُّ مُدَّتِهِ بنية التملك كالتملك بل هو أَمانة ، ولو وقف سنتين ما لا يتملك ولو التقط لحفظ أَو للتملك ثم نوى أَن يَحُوزَ ولم يَفْعل ، لم يضمن كالوديع سوى الجِناية ولا يصير ضامنا لمجرد النية .

وقــوله : (وعَرَّف فَاسِق لقط بمشرف ، ونزع منه قاض ، ومن صبيٍ ولىٌّ ، وعرف وتملك حيث يقترض له ، وضمن صَبى بإِتلاف ، لا تلف[1] ، وبهما ولى ، قصر ، وعبد لقط بلا إِذن فى رقبته مع سيد علم وأَهْمل أَو قرر معه ، وهو خائن ، والأَخْذُ منه لقطٌ مُبْرِىٌ).

---

(١) بلا تقصير منه كالوديعة ، فإن قلت يأتى فى الوديعة ، أنه لو أودع فتلف عنده ، ولو بتقصيره لم يضمن ، قلت بفرق بأن المالك ثم مقصر ، لأن القرض أنه رشيد ، لاهنا ، إذ لا ائتمان منه / ف .

أى : وإذا التقط الفاسق مع التقاطه وإذا أراد التعريف لنفسه ضَمَّ الحاكم إليه مشرفاً ، لأَنه غير مأْمون ، ثم ينزع الحاكم اللقطة من يده ويجعلها مع عدل ويصح التقاط الصبى لكن إذا علم المولى انتزع منه ، ويُعَرِّفُ الولى ويتملك له حيث يجوز الاقتراض عليه ؛ لأن تملك اللقطة كالاستقراض ، وإن لم يَرَ بالتملك له حفظه ، أَو سلمه إلى الحاكم ، فإن علم ولم ينزعه منه حتى أَتْلَفَه الصبى أَو تلف بآفة سماوية ضمن الولى لا الصبى ، لأَن عليه مَنعه من ذلك ، وإن لم يعلم ضمن الصبى ، وإن أتلفه - لا ما تلف بآفة سماوية - على الأَصح ، ولا يصح لَقْطُ العبد بلا إذن على الأَصح ، فإن لقط ضمن وتعلق الضمان برقبته كالجناية . فإن أَخذها من يده أَحد ، إمَّا السيد أَو غيره صار لَقْطاً ، وبرئ العبد من الضمان على الأَصح ، وإذا علم به السيد وقرّره فى يد العبد إن كان العبد أميناً جاز ، وكأَنَّه لقط واسعان به فى تعريف ما التقطه وحفظه ، وإن كان خائناً فهو متعد وكأَنه أخذه منه ثم رده إليه فيضمن فى ذمته وفى رقبة عبده وإن لم يأْخذ من يد العبد ولا قرره فى يده ، ثم علم وأَهمل ضمن أَيضاً حتى لو أَفلس كان مالك اللقطة مقدماً برقبة العبد كالمجنى عليه ، وأَما إذا التقط بإذنه بأَن قال له : إذا وجدت لقطة فخذها فالأَكثرون على صحة الْتقاطه ، وتستثنى هذه المسأَلة من إطلاق الحاوى كما قال القونوى والبارزى وصاحب التعْلِيقة ، وقال ابن النحوى لايرد عليه ، وهو مأَخوذ من قوله كتقرير السيد فى يده من باب أَولى ، قلت وقوله من باب أَولى عجيب تولية الحفظ

إنما تكون من باب أولى إذا قال السيد وقد رأى اللقطة : التقط هذه واحفظها معك ، وهذه لا خلاف فيها فى صحة الالتقاط والملتقط هو السيد ، فإذا قال : إذا وجدت لقطة فالتقطها ، قال ابن هريرة ، لا يستفيد بهذا الإذن وِلَاية الالتقاط .

وقوله : (وَردَّ بحاكم ، وجوازاً بتصْدِيقِ واصفٍ ، ولم يَبْرأ وإن تملَّك ، فبزوائد لا منفصلة وبأَرش عيب بعْدُ كبدلٍ إنتلف ، وقُوِّمَ يوم تملُّك) .

أَى : إذا ظهر مالك الشئ الملقوط ،وادعاه عند الحاكم ،وأمره بتسليمه إليه برئ من الضمان ، سواء حكم له بمقتضى ما يعتقده ، أَو كان مالكاً يقضى بتسليمه إليه عند إصابته فى الوصف ، فإن وصف المدعى للملتقط فإن أَصاب الواصف لكنه لم يصدق لم يجز له تسليمه ، وإن صدق جاز ولم يجب ، فإن سلمه إليه وجاء من يدعيه ، وأَثبت عند الحاكم ضمن ، وإذا ظهر أَنه له وهو فى يد الملتقط ، نظرت فإن كان قبل أَن يتملكه ردّه بزوائده ، المتصلة والمنفصلة ، وإن حدث به عيب بغير تقصير لم يضمنه وإن كان بعد التملك رده بزوائده المتصلة دون المنفصلة بعد التملك لأَنها حدثت فى ملكه ، وقد بيناه فى الرد بالعيب وفى الهبة أَن للحمل حكم الزوائد المنفصلة ، وإن حدث بعد التملك عيب ضمنه ، فيرده مع أَرش العيب ، وإن تلف رد المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان متقوماً ، ويُقَوَّم بقيمة يوم التملك ، وإن باعه لم ينقض البيع ، فإن كان فى مدة الخيار فوجهان .

اللقيط

وقــوله : (فَصْلٌ[1] لحُرٍّ عَدْلٍ رشيدٍ ، لَقْطُ مَنْبُوذٍ ، بإشهادٍ ، وإن مَيَّز وتربيته وفرضا) .

أى : اعلم أن المنبوذ واللقيط اسم للولد الذى يوجد مطروحاً ، ولما كان مناسباً للقطة ذكر معها ، ولَقْطُه وتَرْبيتُه فرض كفاية سواء كان مميزاً أم لا ، وليس كل أحد أهلاً لالتقاطه بل ذلك للحر المسلم العدل الرشيد ، وإنما لم يذكر الإسلام لأن العدالة تستلزمه ، وذكر الرشيد لأنها لا تستلزمه ، فقد يوجد عدلا غير رشيد فى دنياه ، فليس للكافر أن يلتقط المسلم ولا للفاسق والمبذِّر فينزع من أيديهم ، وإذا التقطه الحر وجب عليه أن يشهد عليه ، وإنما كان الإشهاد فى اللقطة مستحباً ، وهَا هنا واجب ، لأن هناك المحفوظ المال وهنا المحفوظ حُرِّيةٌ ونسبٌ فوجب الإشهاد كما فى النكاح .

وقــوله : (ولعبد بإذن[2] ، لا مكاتب ألا نيابة ، ولكافر لقط كافر) .

---

(١) فى اللقيط وهو المنبوذ ويسمى ملقوطاً ودعياً ، والأصل فيهقبل الإجماع قوله تعالى « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » آية ٧٧ من سورة الحج ، وقوله تعالى « وتعاونواعلى البر والتقوى »الآية٢ من سورة المائدة، ولقطه واجب على الكفاية لقوله تعالى « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً » آية ٣٢ من سورة المائدة ولأنه آدمى محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام غيره وفارق اللقطة حيث لا يجب لقطها لأن المغلب فيها الاكتساب ، والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه وأركانه ثلاثة لقط ولقيط ولا قط أو ملتقط وشرط فيه الإسلام فى لقيط مسلم والتكليف والحرية والعدالة ولو مستورة والرشد ، وقد ذكر المؤلف شروط كل منها /م .

(٢) بإذن من سيده وحينئذ يكون السيد هو الملتقط والعبد نائبه خلافاً لما يوهمه تخصيص ذلك بالمكاتب فإن قلت إذاً السيد هو الملتقط فلم اشتراط العدالة فى العبد والرشد ، قلت لأن الفرض أن السيد أذن وغاب واشترطنا لوضع السيد فى غيبته ذلك لنؤمن عليه منه بخلافه فى حضرته ، وتقريره عليه بعد علمه به كالإذن فإن انتفيا انتزعه الحاكم /ف .

أى : ويجوز للعبد لقط المنبوذ بإذن السيد لأن اللقط حينئذ يكون للسيد ، وأما المكاتب ، فلا يصح التقاطه بإذن السيد على الأصح ، قال الرافعى والنووى : فإن التقط بإذنه ففيه الخلاف فى تبرعاته بلا إذن ، لكن المذهب هنا الانتزاع منه ، لأن الالتقاط ، ولاية وليس من أهلها ، فإن قال له السيد التقط لى ، فالتقطه بنيابة صح ، كما يصح توكيله فى الاحتطاب والاصطياد على الأصح ، ويجوز للكافر إذا كان حراً عدلا فى دينه ، ويجوز للمسلم أن يلتقط الكافر؛ لأنه ربما كان سبباً لإسلامه ، وقوله : فى الحاوى[1] وَلَقَدْ طِفْل نُبِذ بالإشهاد : وقد ذكر الطفل فى الجنايات – وأراد من لم يميز – وفى صلاة الخوف – وأراد من لم يَبْلُغ – وهو هنا محتمل فيه من الاختلاف ، والأصح كما فى العزيز والروضة ، أنه يُلْتَقَط ما لم يبلغ .

وقوله : (وقدم سابق ، ثم مُقيم بِقرْيَةٍ ، ثُمَّ بَلَدِىّ ، وببادية ، لا مُهْلِكَةٍ ، ، استويا ، ثم غَنِىٌّ ، ومَعْلُوم عدالةٍ ثم أُقْرِعونُقل إلى مِثْلِ ومن بَدْوٍ لقرية ، ومنهما لبلد ولا عكس) .

أى : وإذا ازدحم على اللقيط جماعة ، قدم السابق بالأخذ ، ومنع من مزاحمة ، فإن ازدحم على أخذه مقيم وظاعن قدم المقيم ، ،هكذا نصَّ عليه الشافعى فى المختصر كما قاله الرافعى والنووى ، فلو وجد فى قرية وسبق إليه مقيم بها ، وبلدى مسافر قال الرافعى قال ابن

---

[1] (١) وفى ح « ولقط طفل نبذ بالإشهاد وحضانته لحر مسلم عدل رشيد فرض ، ومن القن والمكاتب بإذن السيد لقطه » .

كج[1] القروى أولى ، وهذا تخريج على قول منع النقل من بلد إلى بلد ، فإن جوزناه فهما سواء ، قال النووى قلت : المختار الجزم بتقديم القروى مطلقا ، كما قاله ابن كج[2] ، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض والله أعلم ، وإن اجتمع قروى وبلدى مسافرين على أَخْذِ اللقيط ، قدم البلدى ، وإن اجتمع بدوى وحضرى على اللقيط فى البادية نظرت ، فإن وجد فى حلة أو قرية ، والبَدَوى فى موضع راتب وهما سواء ، هكذا جزم فى الروضة ، ونقل عن ابن كج خلافه وإن وجد فى مهلكة فالبلدى أولى من البدوى والقروى ، فإن استويا فى السبق والإقامة ، وأحدهما غنى والآخر فقير قدم الغنى لأنه أَغْبَط للقيط ، وإن كان أحدهما أغنى فلا تقديم على الأصح ، وكذلك إذا كان أحدهما معلوم العدالة ، والآخر مجهول العدالة ، فمعلومها أولى على الأصح فيهما ، فإذا صار اللقيط فى يد واحدٍ سواء وحده فى بادية أو قرية أو بلد فله نقله إلى بلد آخر ، فإن نقله وحده فى قرية فله نقله إلى مثلها ، وإلى بلد وقرية ، ولا يجوز أن ينقل اللقيط وُجِدَ فى بلد إلى قرية ، أو فى قرية إلى بادية ، فإذا وجد البدوى المتنقل الذى لا إقامة له لقيطاً فى بادية فهل يقر فى يده ؟ وجهان ، الأصح نعم .

وقـوله : (واسْتَقَلَّ بحفظِ مالِه كدارٍ حَوَتْهُ ، ومَا عَلَيْهِ وماتَحْتَه

(١)و(٢) ابن كج : يوسف بن احمد بن كج القاضى الإمام أحد أركان المذهب أبو القاسم الدينورى صاحب أبى الحسين ابن القطان وحضر مجلس الداركى . وكان يضرب به المثل فى حفظ المذهب وارتحل إليه من الآفاق وأطنبوا فى وصفه بحيث يفضله بعضهم على الشيخ أبى حامد وذكره العبادى قبل الشيخ أبى حامد وجعلهم ثلاثة أقران ابن كج وأبو حامد والكشفلى ج ٤/٢٩ طبقات الشافعية .

لا دفيناً وقرِيباً ، وانفق عنه بقاض ، ثم أَشهد ، ثم هى على بيت المال ثم أَغنياء بلده إقراض) .

أَى : وإذا التقط المنبوذ وله مال استقل الملتقط بحِفْظ فقط ، ولا يتصرف ولا يخاصم فيه إلا بولاية من القاضى ، ومن ماله ما ملكه بنحو وصية وَنذْر ووقف ، فيقبل له القاضىما يحتاج إلى القبول ، وأَما ما وجد تحت يده ، فإن له يداً - وإذا وجد فى دار حكم له بملكها وما فيها ، وإن وجد فى نحو خلاء وعليه ثياب أَو شىءٌ مطروح أَو دراهم مصبوبة فوقه أَو فوق فراشه أَو مربوطة فى ثيابه ، أَو تحت فراشه فهى له ، لا إن وجد شىء تحته مدفوناً أَو قريباً ، ولو وجد فى ضيعة لم يكن له على الصحيح ، ولووجد معه دابة رأَسها بيده أَو مربوطة فى رحله ، أَو وسطه أَو نحوه فهىله ، إلا إذا كانت قريباً منه ، وينفق عليه الملتقط من ماله ، بإذن القاضى ، وإن استقل غرم ما أَنفق فإن لم يجد قاضياً أَشْهَد على الإنْفاق ، فإن لم يكن له مال فنفقته على بيت المال ، فإن لم يكن اقترض عليه الإمام من بعض أَغْنياءِ بلد اللقيط ، فإذا وجد له مال ، أَو ظهر له سيد قضى عنه وإلا قضى عنه الإمام من سهم المساكين والغارمين أَو من بيت المال إن وجد ، فإن امتنع الأَغنياء من القرض قسطت نفقته قرْضاً عليهم ، فلهم الرجوع كما بيناه.

وقوله : (ولَقِيطٌ جُوِّزَ من مُسْلمٍ مُسْلِمٌ ، كطفل أَحد أَصوله[1] أَو

(١) مسلم وإن بعد ولم يكن وارثاً واختلفا رقاً وحرية ، ولو كان الأقرب حياً ، وإن أسلم بعد العلوق لأن التبعية للفرعية وهى لاتختلف بما ذكر ، والكلام فى أصل يعرف بحيث يفيد النسب إليه ، التوارث بينهما ولو بالرحم والإلزام إسلام جميع الأطفال نظراً لآدم عليه الصلاة والسلام /هـ .

من سباه وَحْده مسلم ، وإن كفر فأَصْلِيٌّ إنْ أَمْكَن ، لا هذان ، ولحق بذمِيٍّ ادعاه ، لا فى كفر حتى يُثْبِت).

أَى : إذا وجد اللقيط فى بلد يسكن فيه المسلمون حكم بإسلامه ولو كان دار حرب على الأَصح ، كما إذا كان فيها تاجراً أَو أُسِرَ مسلم تغليباً لحكم الإِسلام.

واعلم أَن الإِسلام يحصل من المكلف بالمباشرة وقد بيناه فى الحجر ، ومن الصبى بحكم التبعية ، وجهاتها ثلاث ، الدار ، وإسلام أَحد الأُصول والسابى ، فالأَول . اللقيط بحكم بإسلامه تبعاً للدار يسكنها ولو مسلم كما بيناه ، الثانى تبعية أَحد الأُصول ، فإذا أَسْلم الأَبوان أَو أَحدهما ، وكذا جَدٌّ أَو جَدَّةٌ من أَحد الجانبين ، ولو كان من يدلى به حياً على الأَصح ، فإنه يتبعه فى الإِسلام ، فإن بلغ ووصف الكفر ، فالأَصح أَنه مرتد ، وقيل إن لم تَعْلق به أُمه فى الإِسلام لم يكن مرتداً ، فإن سُبِى مع أَحد من أَصوله لم يتبع السابى ، بل يتبع الأَصل لأَن تبعته أَقوى وإن سباه حَرْبى أَو ذمِّى لم يحكم بإسلامه – وإن ملكه مسلم – حتى يبلغ ، لأَن وقت التبعة قد زال ، ولا يشترط أَن يكون السابى الأَصل والفرع واحد ، بل يكفى أَن يكون ذلك فى جنس واحد ، فإذا بلغ اللقيط الذى حكمنا بإسلامه ووصف الكفر لم يحكم بكونه مرتداً بخلاف تابع أَحد أُصوله أَو السابى ، فإنه يكون مرتداً على الأَصح ، وإذا ادعى اللَّقِيطَ ذمىٌ لحقه فى النسب لا الكفر لأَنا إنما صدقناه مؤاخذة له بإقراره بنسبه فلا يبطل له

بإسلامه وقد حكمنا ـ وإن احتمل أن يكون أباه ـ فإنه يحتمل أن تكون أمه مسلمة نعم إن أقام بينة أنه ولده لحقه أيضاً فى الكفر ، وقوله فى الحاوى : واللقيط مسلم إن وجد حيث يسكن مسلم وإن استلحقه ذمى بلا بيّنة بَعْده ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : حيث يسكن مسلم ، لا دليل فيه على البلد لأن مسكن الرجل داره ، وقد يقال شرط أن يوجد فى دار مسلم ، لأنه لو حلف لا يدخل حيث يسكن فلان لم يحنث إلا بدخول مَسْكنه لا البلد .

الثانى : قوله : بعد : فسره شراحه كالقونوى ، وابن النحوى ، فإنه أراد وإن يستلحقه ذمى بلا بينة بعده ، أى بعد الحكم بالإسلام وهو غير مطابق لكلامه ، ولا هو مراده ، لأنه من مجرد وجوده فى دار الإسلام قد حكمنا بكونه مسلماً ، فلا يتصور ، أن يستلحقه قبل الحكم بإسلامه ، وقد وجد فى دار الإسلام فلا حاجة إلى قوله بعد .

وقوله : (وهو حُرٌّ يُقْتَص بِهِ مِن حُرٍّ مُسْلِمٍ ، لا إن بلغ وسكت بل دية[1] ، وحُدَّ قاذفه ، وبيت المال عاقلتُه ، ووارثه) .

أى : واللقيط حر ؛ لأن الأصل فى الناس الحرية وهو الغالب عليهم ، فإذا جنى على المحكوم بإسلامه سواء كان لقيطاً أو تابعاً لأحد أصوله أو السابى ، فكالجناية على المسلم الأصلى فى وجوب القصاص

---

(١) نظراً لثبوت الحكم بإسلامه ، وحريته ، وفارق القود ، بأنه يحتاط لحقن الدم ما لايحتاط للمال وتوضع كالواجبة بقتل غير عمد فى بيت المال / ف .

والدية والأَرش على الأَصح ، هذا قبل البلوغ وكذا بعده إن أَفصح بالإسلام فإن بلغ عند الإسلام وذلك بأَن يمضى زمن يسع كلمتى الشهادة ، كما ذكره الأَسنوى ، وقال : هكذا ذكره الرافعى فى كتاب الطهارة ، وقال فى الروضة فى حق تابع الأَبوين : إذا بلغ وسكت أَنه إذا قُتِل عمداً ، ففى تعلق القصاص بقتله قولان أَحدهما نعم ، كما لو قتل قبل البلوغ ، فى أَظهرهما لا ؛ للشبهة وانقطاع التبعية ، وقال فى اللقيط إذا بلغ ساكتاً ، ثم قتل أنه على الخلاف فيما قبل البلوغ فقط ، صاحب المهمات وصاحب الروضة ، وقال : أَقتص كلامه تصحيح وجوب القصاص فيه وقد صححنا أَن التابع لأَبويه إذا وصف الكفر كان مرتداً ، وأَنَّ اللقيط يكون كافراً أَصلياً ، وإن قلنا أَنه لا قصاص فيه – وهو الصحيح – وجبت فيه الدية ، فإذا قطع طرف المحكوم بإسلامه حبس قاطعه حتى يبلغ ويقتص لنفسه وليس له أَن يقتص حتى يفصح بكلمة الإسلام ، وإن قُذِفَ وهو صغير عُزِّر قاذِفه[1] ، وإن [كان بالغاً وادعى قاذفه كُفْراً] لم يحد حتى يقر بكلِمة الإسلام فإن ادعى أَنه رقيق ، الأَظهر أَن القول قول المقذوف ، وإذا جنى اللقيط جناية خطأً فليس له عاقلة إلا بيت المال فَيُسلم عنه منه وإن كان عبداً وهو بالغ اقتص منه ، وإن كان صبياً وقلنا : عمد الصبى عمد وجبت الدية فى ماله ثم فى ذمته كما قلنا بتلفه ، وإن قلنا خطأً ففى بيت المال ، وإن خلّف مالاً فوارثُه بيت المال .

(١) فى (ب) « وإن كان بالغاً وادعى قاذفه كفراً » فى هذا المكان وساقط من (أ) .

وقوله : (وإن استلحقاه ، وأَمكن ولا بينة ، فقائف ، ذكرٌ عدل ، مُجَرَّب ، بعرض أَصناف فى كل صنْفٍ ولد لبعض) .

أَى وإن استلحق اللقيط اثنان سواء كانا مسلمين أَو كافرين ، أَو أَحدهما مسلماً والآخر كافراً أَو رقيقاً والآخر حراً ، وأَمكن أَن يكون من كل منهما ، أَما إِذا كان أَحدهما فى سنة بلوغه واللقيط ابن السنتين مثلا فإِنه لا يمكن كونه منه ، وإِن أَمكن كونه منهما فمن أَقام منهما بينة فهو له ، وإِن كان هو الملتقط ، لكن يستحب أَن يقال للملتقط من أَين هو لك ؟ فربما يوهم أَن الالتقاط يلحقه به ، فإِن لم تكن بينة ، أَو تعارضتا فلا يقدم هنا باليد - بخلاف الإِمْلاك ، لأَن اليد تدل على الملك لا على النسب - عُرِضَ[1] على القائف ، ويشترط أَن يكون القائف ذكراً ، وأَن يكون عدلا ، فلا يكون كافراً ولا امرأَةً ولا فاسقاً ولا أَعمى ، بل يكون مقبول الشهادة ، وأَن يكون مجربا ، وذلك بأَن يجمع أَصنافاً من الرجال والنساءِ ، ويعرض عليه أَول صنف وفيهم ولد لبعضهم ، فإِن عرف أَبويه أَو أَحدهما إِن حضر وحده ، عرض صنف آخر بولد لأَحدهم كذلك ، فإِن عرف زِيدَ صنف وولد كذلك ، وهذه أَولى من عرض الولد ثلاثُ مرات فى أَصناف دون أَبويه ثم عرضه مع وجود أَبويه ، فى الرابعة ، فإِنه قد يكون فقيهاً يعلم عرض الأَب فى الرابعة فيصادفه اتفاقاً يكفى ثلاث مرات .

---

(١) جواب الشرط « فإن لم تكن بينة أو تعارضا . . . . عرض » /م .

وقـوله : (كأَن وطئآ وبتخلل حيضة لنا الأَول لا فراش زوج) .

أَى وإن استلحق الَّلقِيطَ اثنان عرض على القائف ، كما لو وطىء رجلان امرأَة وأَمكن لحوقه بهما فإنه يعرض على القائف، ويشترط إن لم يكن أَحدهما زوجاً ، أَن يكونا فى طهر واحد ، فإذا وطىء بائع الأَمة ومشتريها أَو الشريكان فيها ، أَو وطىء رجل امرأَة بشبهة ووطىء آخر بعده بشبهة سواء كان بظن مجرد أَو فى نكاح فاسد ، وكان الوطآن فى طهر واحد وأَمكن الولد أَن يكون منهما ، فإنه يعرض على القائف ، وإن كان أَحدهما زوجاً ووطىء الآخر بشبهة عرض على القائف سواء وطئها الزوج أَم لا ؟ لأَن النسب يلحق الزوج فى النكاح الصحيح بإمكان الوطء ، لكن قال فى العزيز والروضة لا يعرض على القائف والفراش قائم إلا إذا أَقام الواطىء بينة على الوطء ولا تكفى موافقة الزوجين له لأَن للولد حقا ، ولَوْ وطئها رجل ، بشبهة ، واستبرأَها الزوج بحيضة بطل حق واطىء الشبهة فى الولد ولو تقدم وطء الزوج لم تبطل الحيضة حقه ، بل لو طلقها ووطئها رجل بشبهة فى عدته عرض ، وإن تخللت حيضة أَو حيضتان ، فإن وطئت بشبهة بعد انقضاء العدة أُلْحِقَ الولدُ بواطىء الشبهة ، كما إذا تزوجت ، وفيه قول آخر أَنه يُعْرِض على القائف مدة كونه ممكناً منهما ، وقوله فى الحاوى[1] : كأَن واطئاً فى طُهْر : إلا إذا أَمكن أَن يكون من كل منهما ، فإن قيل كيف يتصور أَن يطأَها اثنان فى طُهْر واحد ولا يكون يمكن أَن يكون منهما ، قلنا يمكن أَن يطأَها ، الأَول فى طهر ، ثم يمتد الطهر أَربع

(١) وفى ح « كأن وطئآ فى طهر أو تخلل حيض والأول فى نكاح صحيح » .

سنين ، ثم يطؤها رجل بشبهة بعدها فإن أَتت بولد دون ستة أَشهر انتفى عنهما ، وإن أَتت به لستة أَشهر فهو للثانى ، وإن وطئها قبل تمام الأَربع وأَتت فيها لدون ستة أَشهر فهو للأَول ، أَو ستة أَشهر عرض على القائف .

وقــوله : فإن أُلحِقَهُ بزيد ثم بعمرو لم ينتقل .

أَى : إذا عرض على القائف فأَلحقه بزيد لحق فإن أَلحقه بعد ذلك بآخر لم يلتفت إليه ، لأَن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

وقــوله : ثم مَنْ مَال إليه بالغا .

أَى : فان لم يكن قائف أَو كان ونسبه إليهما أَو نفاه عنهما ، أَو أَشكل عليه ترك إلى أَن يبلُغ ثم يُنسب بميل طبعه إلى أَحدِهما اعتمادًا على ميل الطبع الذى يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب ، ولا ينتسب ومقتضى ما قاله فى الحاوى[1] : كما قاله القونوى : أَنه لا يشترط ، قال هو وجه نقله الرافعى والمذهب خلافه وإن انتسب إلى أَحدهما لزم ولم يكن أَن يرجع ، نعم إن وُجِدَ عُرِض عليه واعتمدنا قوله وقدمناه على انتسابه ، لأَنه حجة ، ونفقة مدة الإشكال عليهما ، فإذا ثبت لأَحدهما رجع عليه الآخر بما أَنفق .

وقــوله : وإن قال كلٌ لُقَطَتُه فاليد .

---

(١) وفى ح « وإن ألحقه بأحدهما ثم بالثانى لم ينقل إليه ثم ينتسب بميل الطبع » .

أي : وإذا ادعى كل أنه الذى التقط الطفل وأن حضانته له وإن كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه ، وإن لم يكن له قدم الحاكم من يراه منهما .

وقوله : وَرَقٌّ مَجْهُولٌ بِدَعْوَى ذِى يَدٍ لم يلتقط ، لا وهو بالغ حينئذ وجحد أو ببينة بيّنتْ سببه كابن أمته .

أي : إذا كان فى يد رجل طفل وكان مجهول الحريّة فهو رقيق بمجرد دعوى صاحبه ، لكن يشترط أن لا تكون اليدُ يد التقاط ، لأن الظاهر فى الناس الحرية ، ويد الملتقط معروفة النسب ، فإن لم تكن يد التقاط ، فالظاهر أن من هو فى يده يتصرف تصرف السادات فى العبيد بملكه ، فإن ثبت الملتقط بيدٍ سابقةٍ سمعت على الأصح ، لكن الأصح أنه يحتاج إلى بينة يشهد سبب الملك ، كما سيأتى ، وهذا معنى قول الحاوى : وهو رقيق بدعوى صاحب اليد لا بـ لَقْط وإنما يُرَقُّ بمجرد الدعوى إذا كان صغيراً ، وأما الكبير إذا جحد الرق لم يقبل قوله عليه ، إلا ببينة على أنه ملكه على إقراره بالرق له ، وإن ادعى رقه وهو صغير ، ثم كبر وجحد لم يكن القول قوله ؛ لأنَّا قد حكمنا لرقه لكن له تحليف السيد ، فإن لم تكن هناك يد فلابد من إقامة البينة ، ولا تكفى الشهادة بمجرد الملك ، بل لابد أن يبين سببه من شراءٍ أو اتّهاب أو إرث ونحوه ، لأنه ربما اعتمد للشهادة اليد ، واليد قد تكون يد التقاط ، وهو الذى صححه الامام ورجحه الرافعى فى المحرر فإن قالت البينة ، هو عبده ، ولدته أمته فى ملكه كفى ، وكذا لو قالت وَلَدَتْه أمته ولم تزد على المذهب .

وقــوله : أَو بإِقْرَارٍ لا فيما يضر غَيْرَه فى تصَرُّفٍ سَابِقٍ ، فَيَبْقَى نِكَاحُهَا بالأَقل من مَسَمًّى وَمَهْر مثْل فإِن غُرَّ خُيِّر ، والولد قَبْلَهُ حُرٌّ ، وتعتد وتَسَلَّمُ كحُرَّةٍ ، ولموت كَأَمَةٍ ، وَفُسِخَ نكاحُه بنصف المسمى وبكُلِّه إن دَخَلَ وَيُؤَدَّى دُيُونُهُ مما فى يَدِهِ وَكَسْبِه .

أَىْ ويثبت رِقُّه بإقراره ، إن صَدَّق الْمُقَرُّ لَه ، لا إن كذبه ، وإن عاد وصدقه لم يلتفت إليه ، ولا يقبل إقراره فيما يضر غيره فى تصرفاته السابقة ، أَما فيما يضر غيره فى المستقبل فيقبل على الأَصح فإذا كان الْمُقِرُ أَمة فزوجة لم ينفسخ نكاحُها ، وَتُسَلَّمُ إلى الزوج تَسْلِيم الحرائر ، وإن انقطعت منافع المقر له ، ويجب للسيد على الزوج أَقل الأَمرين من المسمى ومهر المثل ؛ لأَن المسمى وإن كان أَقل لم يقبل إقرارها عليه بالزائد ، وإن كان مهر المثل أَقل وهو يقول تَزَوَّجَتْ بغير إذْنى ، فلا يجب إلى غيره ، وإن غُرَّ لحريتها بأَن شرط ذلك فى العقد ، ثبت له الخيار ، ونقل فى الروضة أَن له الخيار مطلقاً إلا عن الشيخ أَبى على[1] ، فإنه نقل توقف الخيار على ما إذا شرطت الحرية ثم قال : إنه إذا جاز وجب المسمى ، وقد يستشكل من حيث أَن السيد يقول : نكاحها بغير إذنى فاسد ، وإنما وجب المهر لوطء الشبهة والولد الحاصل منها قبل الاقرار حر ، لأَن قولها فيه غير مقبول ، والحاصل بعده رقيق ، لأَن الزوج وطئها عالما برقها وإنما كانت هى

---

(١) الشيخ أبو على الطبرى : الحسين بن القاسم » الإمام الجليل أبو على الطبرى صاحب « الإفصاح » وله الوجوه المشهورة فى المذهب وصنف فى أصول الفقه والجدل . وصنف « المحرر » وهو أول كتاب ألف فى الخلاف المجرد وتفقه على أبى على ابن أبى هريرة وسكن بغداد وتوفى سنة ٣٥٠ خمسين وثلاثمائة ، ح ج ٢/٢١٧ طبقات الشافعية الكبرى .

كالأَمة ، على السيد مؤنة تجهيزها ، وإن طلقت اعتدت بثلاثة أَقراء ؛ لأَن العدة حق للزوج فهو يتضرر بنقصانها وتعتد عدة الوفاة بشهرين وخمس ليال بأَيامها ، لأَنه لا ضرر على الزوج فهى حق لله تعالى وإن كان الْمُقِر رجلا وقد تزوج انفسخ نكاحه ، لأَنه تزوج بغير إذن من أَقَرَّ له ، وهذا يَضُرَّ ، فيقبل إقراره فيه ، ولا يسقط المسمى بل يجب كله إن دخل ونصفه إن لم يدخل ، وَيُؤَدَّى مما فى يده أَو من كسبه ، فإن فضل فى يده مال ، فهو للمقر له ، وإن عجز المال والكسب عن قضاء دينه تعلق بذمته .

وقوله : وَلَغَا إن تَقَدَّمَهُ ، إقْرَارٌ بحريةٍ ، أَو بِرِقٍّ لِغيْرِ ، وَإِنْ كَذَّبَ .

أَى وإنما يقبل بإقراره بالرق إذا لم يسبق منه اعتراف بالحرية ، لأَنه صار ملتزما بإقراره بالحرية أَحكام الأَحرار ، فلا يسقط إلا ببينة ، وكذلك إذا سبق منه إقرار برق لأَنه صدق المقر به فهو له ، وإن كذب بطل حقه ، ولا يُقْبل إقرار العبد لغيره ثانيا بالرق ، لأَنه بإقراره للأَول قد اعترف بنفى الملك عن نفسه لغيره[1] ، والتزم بتكذيبه أَحكام الأَحرار ، ولا يَسْقُط ذلك بإقراره .

---

(١) وهو المقر له أولا والتزم بتكذيبه له أحكام الأحرار /م .

الفرائض

وقـوله : (بابٌ[1] تقدم فى تركة حَقٌّ تَعلَّق بعَيْن لاَ لِحَجْرٍ كَمَرهُونٍ وجَانٍ وذُو مَبيع مات مشتريه مفلسا) .

أَى : من مات وله عين وتعلق بها حق للغير ، كتعلق الدين بالمرهون ، والأَرش برقبة الجانى ، وحق البائع بالمبيع إذا مات المشترى مفلساً وإن لم يحجر ، بل الموت كالحجر ، فإنه يقدم بها على مؤنة تجهيز ، وليس التعليق مُنْحصرا فى هذه الصور الثلاث ، بل تَبقَى صُوَرٌ أُخْرى ، منها تعليق المنذور له بالعين المنذورة ، والفقراء فى الزكاة بالعَيْن والمقرض بالعين المقْرَضة ، والمعتدة بالمسكن ، والمكاتب إذا أَدَّى ومات السيد قبل الإيتاء والمال باق ، وأما تعلق الغرماء بالأَموال بالحجر ، فإن التجهيز مقدم عليهم ، كما قاله النووى فى الروضة عن

---

(١) أى فى الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة أى مقدرة لما فيها من السهام المقدرة شرعاً، فغلبت على غيرها ، والفرض لغة التقدير قال تعالى «فنصف مافرضتم آية ٢٣٧» من سورة البقرة أى قدرتم، وشرعاً نصيب مقدر شرعاً للوارث : والأصل فيه قبل الإجماع آيات المواريث والأخبار الصحيحة ، كخبر الصحيحين « الحقوا الفرائض بأهلها فابقى فلأولى رجل ذكر » وكان فى الجاهلية مواريث يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار ، وكان فى ابتداء الإسلام بالحلف والنصرة ، ثم نسخ فتوارثوا بالإسلام والهجرة ص ٥٥ جـ٥ نيل الأوطار ثم نسخ فكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين ، ثم نسخ بآيات المواريث ، فلما نزلت قال صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث ص ٣٩ جـ٥ نيل الأوطار واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها ، منها « تعلموا الفرائض وعلموه - أى علم الفرائض - الناس ، فإنى امرؤ مقبوض ، وإن هذا العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف إثنان فى الفريضة فلا يجدان من يقضى فيها ، ومنها « تعلموا الفرائض فإنه من دينكم وأنه نصف العلم وأنه أول علم ينزع من أمتى» ص ٥٤ جـ٥ نيل الأوطار واعلم أن الإرث يتوقف على ثلاثة أمور . (١) وجود أسبابه ، (٢) ووجود شروطه ، (٣) وانتفاء موانعه فأسبابه أربعة قرابة ونكاح « وولاء وجهة إسلام وشروطه أربعة (١) تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى (٢) وتحقق حياة الوارث بعد موت المورث ، ولو بلحظة ، (٣) ومعرفة إدلائه للميت بالجهة ، (٤) والجهة المقتضية للإرث والموانع أربعة أيضاً قاله ابن الهائم فى شرح كفايته ، الرق والقتل واختلاف الدين والدور الحكمى وهو أن يلزم من توريث شخص عدم توريثه كأخ أقربا بن للميت ، فيثبت نسب الإبن ، ولا يرث ، لأن إرثه يؤدى إلى عدم الإقرار بالنسب وعدم الإقرار بالنسب لايؤدى إلى الإرث ، /م .

الإصحاب ، وقوله فى الحاوى : يخرج من تركة الميت حق تعَلَّق بعين كالمرهون والعبد الجانى ، والمبيع إذا مات المشترى مفلساً ، فيه أَمران :

أَحدهما قوله : يخرج حق تعلق بعين يرد عليه مَا إذا حجر الحاكم على المفلس ، فإن حقوق الغرماء تعلقت بعين ماله قبل موته ، ثم يقدم بذلك تعلق كما قدمناه .

الثانى :قوله يخرج من تركة الميت حق تعلق وعَدَّ مِنْه المبيع ، إذا مات المشترى مفلساً ، وقد علمت أَن الحق - إذا مات المشترى -مفلساً - هو الرجوع ، وذلك ليس بحق يُخْرَجُ . وإنما هو الخيار فى المبيع ، فإن اختار الرجوع قدم به ، وهو مراده بقوله يُخْرج .

وقـوله : (ثم تجهيزه بالمعروف ، ثم دينه ، وهى كالمرهون به فيلغو تَصَّرُفٌ لا لدين حدث بنحو تردٍّ فى بئر ورَدٍّ بعيب ، بل إن لم يؤدِّ وارث ، فُسِخَ) .

أَى : يقدم بعد الحق المتعلق بالعين مؤنة تجهيزه على الدين ، بحاجته إليه كثياب البدن للمفلس ثم يقضى ديونه . والتركة قبل قضاءِ الدين كالمرهون بالدين ، لا ينفذ تصرف الوارث . فلو تصرف وهناك دَيْن مقارن لم يصح فإن جهل لأَنه كالمرهون وإن لم يكن مقارناً بل حدث بسبب مقدم كما إذا حفر الميت بئراً عدواناً فتردى فيها شخص بعد موته ، أَو باع الميت معيب وفَوَّت ثمنه ، ثم رد بعد موته بعيب ، فإن الأَصح أَنَّ هذ الدين لا يبطل به التصرف بل يجب على الوارث أَن يقضيه فإن لم يفعل فسخ تصرفه فى التركة نظراً للميت .

وقوله : (ثم وصاياه من ثلث الباقى ، ثم الباقى لوارثه ، فنصف لزوج وبنت وبنت ابن وأخت لأبوين أو لأب ، والثلثان لكثيرهن)

أى : ثم بعد قضاء الدين ، يقدم وصاياه من ثلث الباقى أو ثلث الكل ، إن أبْرأه الغرماء ، ثم يورث منه الباقى ، بعد ذلك ، واعلم أن الورثة منهم ذو فرض ومنهم ذو عصبة ، فمن كان منهم له سهم مقدر ، فهو من أرباب الفروض ، ومن لم يقدر له سهم وتوريثه مجمع عليه فهو عصبته واحترز بقوله مجمع عليه من ذوى الأرحام ، فإنهم لا يسمون عصبة ، والعصبة إذا انفرد أخذ جميع المال ، ومع أرباب الفروض يأْخذ الفاضل عنهم ، ثم الفروض المقدرة ستة ، النصف، والربع ، والثمن ، والثلثان، والثلث، والسدس. فالنصف فرض خمسة ، فرض الزوج حيث لا فرع ، ويفهم من هذا القيد من قوله بعده والربع للزوج مع فرع . ويشترط فى الفرع أن يكون وارثاً وفرض بنت الصلب ، إذا كانت واحدةً ، لقوله تعالى : (وإنْ كَانَتْ[1] واحِدةً فَلَهَا النِّصْفُ) وفرض بنت الابن عند عدم بنت الصلب ، وفرض الأُخت للأبوين إذا انفردت ، وفرض الأُخت للأَب عند عدم الأُخت للأبوين ، والثلثان فرض كثيرهِنَّ ، يعنى البنات وبنات الابن ، والأَخوات لأَبوين ، والأَخوات لأَب ، والمراد بالكثير ما فوق الواحدة ، قال الله تعالى : (فَإِنْ[2] كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثنتين فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَركَ) قال العلماء كلمة فوق زيادة ، كما قال تعالى : (فاضْرِبُوا[3]

---

(١) آية ١١ من سورة النساء

(٢) ١١ من سورة النساء أيضاً .

(٣) آية ١٢ من سورة الأنفال .

فَوْقَ الأَعْنَاق) ولحديث الأنصارية ، وقوله يا رسول الله صلى الله عليك وسلم ، هاتان بنتَا سعيد بن الربيع قتل أَبوهما معك يوم أُحد فأَخذ عمهما ماله والله لا ينكحان ولا مال لهما ، فقال صلى الله عليه وسلم يقضى فى ذلك ، فنزل قوله تعالى : (فَإِنْ[1] كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا ترَكَ) قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمهن : « أَعط البنتين الثلثين ، والمرأَة الثمن وخذ الباقى[2] »

وقوله : (وعَصَّبَ كُلاًّ أَخٌ سَاوَتْهُ[3] ، والأُخريين الأَولَيان)

أَى : ويعصب كل واحدة من هؤلاءِ الأَربعة أَخٌ مساويها فى الدرجة وكيفية الإِدلاء ، فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأُنثيين ، وغير الحاوى فيهما معا لا يعصب فالأَخ من الأَبوين لا يعصب الأُخت من الأَب ، بل يحجبها ، والأَخ من الأَب لا يعصب الأُخت من الأَبوين بل تأْخذ فرضها معه وتعصب الأُخريين وهما الأُخت للأَبوين والأُخت للأَب ، ، الأَوليان وهما البنت وبنت الابن ، فإِذا اجتمعت بنت أَو بنت الابن وأُختان ، فللبنت أَو بنت الابن النصف والباقى للأَخوات ، فإِن كن متفرقات فالباقى للأُخت من الأَبوين ، لأَنها تحجب الأُخت من الأَب ، والبنت تحجب الأُخت من الأَب ، فإِن اجتمعت البنت وبنت الابن مع الأُخت للأَبوين أَو

---

(١) آية ١١ من سورة النساء .

(٢) والحديث رواه الخمسة إلا النسائى ص ٥٦ جـ ٦ نيل الأوطار .

(٣) أما غير المساوى فى كيفية الأدلاء فلا يعصب كالأخ لأبوين لا يعصب الأخت لأب بل يمنعها ويحجبها والأخ لأب لايعصب الأخت لأبوين بل تأخذ فرضها معه / ف .

للأَب ، فللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، والباقى للأُخت[1]

الأكدرية

وقولــه : (أَوجَدٌّ ، نعم فى الأَكْدَريَّة ، فرض للواحدة وله ، وقسم أثلاثا) .

أى : ويعصب الأُخْرَيَيْن الأَوليان أَو أَحدهما ، وحكم الأَخوات مع الجد كحكمهن مع الأَخ ، كما فى مقاسمة الجد والأَخوة ، فلا يفرض لهن معه إلا فى الأَكدرية ، وهى أُخت واحدة لأَب ، أَو لأَبوين مع زوج وأُم وجد ، فللزوج النصف وللأُم الثلث وللجد السدس ، ويفرض للأُخت النصف ، وتُعال المسأَلة من ستة إلى تسعة ، ثم يقسم الجد والأُخت ما فرض لهما أَثلاثا ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة ، وهى ثلث كل المال ، وللأُم ستة وهى ثلث الباقى وللأُخت أَربعة وهى ثلث الباقى بعد الأُم والجد الباقى وهى ثمانية ، وإنما يفرض للأُخت هنا ، لأَن الجد لا يمنع من أَصل فرضه ، ولا يمكن إسقاطها ، فرجعت إلى فرضها ، ولا سبيل إلى تفضيلها على الجد ، فيفرض لها للزحم وقسم بينهما بالتعصيب ، ولو كان بدل الأُخت أَخاً سقط ، إذ لا فرض له ، ولو كان أُختان ، يفرض للزوج النصف وللأُم السدس ، وقاسم الجد الأُختين فى الباقى مناصفة ، ولافرض ولا عول .

---

(١) تأخذه تعصيباً لأن الأخوات مع البنات تعصبهن ، وهذا مايعبر عنه الفقهاء بالعصبة مع الغير أشار إليها صاحب الرجبية بقوله : والأخوات إن تكن بنات : فهن معهن معصبات » / م .

وقــوله : (وعَصَّبَ بنت ابن ، لا فرض لها ، ابْنُه وإن سَفَلَ) .

أَى : وإن كانت أَعلى كابن ابن عمها وإن سفل من ذلك. قال الفرضيون : المستقل من أَولاد الابن يعصب أُخته وعمته وعمة أَبيه ، وجده وبنات أَعمامه وبنات أَعمام أَبيه وجده أَما تعصيبه من هو فى درجته فكغيره ، وأَما تعْصِيبُه من هو أَسفل منهما ، فلأَنه لايمكن إسقاطه لأَنه عَصبَةٌ ذكروا إذا لم يسقط ، فكيف يفرد بالميراث مع بُعْدِه ، ولو كان فى درجتها ما انْفرد به دونها فجعل كأَنه فى درجتها ، ولهذا لا يعصب من هى أَسفل منه ، ولا يعصب من هو فوقه إذا كان لها فرض كما لو خلف بنتا وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فللبنت النصف ولبنت الابن السدس وله الباقى .

وقــوله : (ورُبْعٌ لزوْج مع فرع ولزوجة فأَكثر دونه ، ومعه ثمن).

أَى : الربع فرض الزوج إذا كان معه فرْعٌ[1] وارث للميتة كالبنت والابن وابن الابن وإن سفل ، وهو فرض الزوجة والزوجات مع عدم الفرع المذكور ، فإن كان له فرع وارث ، فللزوجة والزوجات الثمن .

وقــوله : (وثلث لأُم ولولدى أُم ، فأَكثر ، فيشاركهم فيه عصبة لأَبوين ، مع زوج وأُم أَو جدة) .

أَى والثلث فرض الأُم ، إذا لم يكن للميت فرع وارث ، ولا

---

(١) ولو من غير الزوج الوارث لها بأن كان من زوج آخر /م .

اثنان من الإخوة والأخوات ، وهذا التقييد يفهم مما بعد . والثلث ما يعد أيضاً فرض ولدى أم فأكثر يسوى فيهم بين الذكر والأنثى ، ويشاركهم فيهم العصبة للأبوين ، إذا كان الميت امرأة وخلفت زوجاً وأما وأخوين للأم ، وأخا أو إخوة لأبوين ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولولدى الأم الثلث ولم يبق للعصبة شيء ، فيشاركهم الإخوة للأبوين لاستوائهما فى قرابة الأمومية ، وتسمى المشتركة وتسمى الحمارية ، لأن أولاد الأبوين قالوا لعمر رضى الله تعالى عنه : هب أبانا حماراً أليست أمنا وأمهم واحدة ويشترط للتشريك ، أن يكون فى المسألة زوج ، ومن له سدس من أم أوجدة ، وأن يكون ولد الأم أكثر من واحد ، وإلا فله السدس والباقى للعصبة ، وأن يكون فيها عصبة بالأبوين فلو كان لأب سقط ولو كانت أختا أو إخوة بلا أخ فرض لهن ، وعالت المسألة ، ولهذا اشترطت عصبة الأبوين .

وقوله : وثُلثُ باقٍ لأُم مع أحد زَوْجَين ، وأب .

أى وثلث الباقى فرض الأم إذا كانت مع أب وأحد الزوجين الزوجة أو الزوج ، فلو هلك رجل وخلف أباً وأماً وزوجة ، فللزوجة الربع ، ويتبقى ثلاثة أرباع للأم ثلثها والباقى للأب ، ولو كانت الهالكة امرأة مزوجة ، للزوج النصف وللأم ثلث الباقى وهو السدس وللأب الباقى وهو الثلث .

وقوله : (وسدس لقربى بنات ابنٍ أدْلت بذكر مع بنت ، أو أقرب منها ، ولأُخْت لأبٍ فأكثر مع أُخت لأبوين » ولجدةٍ فأكثر لم تدل

بذكر بين أُنثيين ، ولا يُمَيّز ذات جهتين ، ولولد أُم ، ومع فرع لأَبٍ وَجَدٍّ لم يدل بأُنثى ، ولأُم كمع أَخوة بكثرة) .

أَى والسدس فرض لجماعة ، منهم بنت الابن القربى مع بنت الصلب الواحدة ، ولا تُشاركها بنت ابن أَبعد منها ، فإن كانتا اثنتين ، فلا شىء لبنت الابن ، فإذا خلف بنتاً واحدة ، وبنت الابن أَو أَكثر فى درجة ، فَلِلْبنت النصف ولبنت الابن وبناته السدس ، فلو خلف بنت بنت ابن فلا شىء لها لأَنها مُدْلية بأُنثى ، وعنها احترز بقوله أَدلت بذكر ، وإن خلف بنت ابن وبنت ابن ابن فللقربى النصف والسدس للتى بعدها .

والسدس أَيضاً فرض الأُخت للأَب فأَكثر مع الأُخت الواحدة للأَبوين فإن كانت مع أُختين لأَبوين فلا شىء لها ، لاستكمالهما الثلثين .

والسدس أَيضاً فرض الجدة واحدة كانت أَو أَكثر من جهة الأَب كانت أَم من جهة الأُم ، وإنما تمنع إذ أَدلت بذكرٍ بين أُنثيين ، كأُم أَب الأُم فإنها لا ترث ، أَما من تدلى بمحض الذكور ، كأُم أَب الأَب ، أَو بمحض الإناث إلى محض الذكور ، كأُم أُم أَب الأَب ، فإِنَّهُنَّ يرثن .

فإن كانت فيهن جدة مدلية بجهة واحدة ، وجدة مدلية بجهتين لم يفضل ذات الجهتين ، بل يقسم السدس بينهما ، بالسوية .

وصورة ذات الجهتين ، أَن تكون لامرأَة بنتان ، فتزوج ابن

إحداهما بنت الأُخرى ، وولدت ولدا فالمرأَة جدته لأُمه ولأَبيه ، فلا تقدم على أُم أَب الأَب .

والسدس أَيضاً فرض ولد أُم الواحد ، ذكراً كان أَو أُنثى لقوله تعالى : (وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ[1]) والمراد أَخٌ أَو أُخْتٌ من أُم ، وهذا فى قراءة ابن مسعود .

والسدس أَيضاً فرض الأَب إذا كان مع فرعه كابن وابن ابن وكذا لو كان له بنت أَو بنتان، فله السدس لكنه يأْخذ ما زاد على الفرْض بالعصوبة ، وإن لم يكن مع الأَب فرع أَخذ المال كله بالعصوبة.

والسدس أَيضاً فرض الأُم مع الجد إذا كان للميت فرع [وارث[2] ولو بنتاً] كالأَب[3] إلا أَنه يشترط فى إرثه أَن لا يدلى بأُنثى ، كأَب الأُم ، فإنه لا يرث .

والسدس ، أَيضاً لفرع الأُم ، فإذا كان للميت فرع وارث ولو بنتاً واحدة ، فلأُمه السدس[4] ، وإنما قدم قوله : مع فرع ، ليشمل المسائل الثلاث ، وكذلك فرضها السدس ، مع أُخُوَّةٍ بضم الهمزة والخاء وتشديد الواو ، والمراد بالكثرة ما زاد على الواحد ، فإن كان للميت أَخوان من أُم أَو من أَب أَو منهما ، أَو واحداً من أُمٍّ وواحداً من أَب ، فلأُم معهما السدس .

---

(١) آية ١٢ من سورة النساء .

(٢) فى (ب) « وارث ولو بنتاً » وساقط من (أ) .

(٣) أن يكون إرث الجد فى هذه الحالة بشرط (أن لايدلى بأنثى كما ذكره) كإرث الأب فيكون الجد مثل الأب فى هذه الصورة ، وإذا وجد الأب حجب الجد /م .

(٤) ولا شىء لولد الأم مع الفرع الوارث لأنه يحجب بالأصل الذكر والفرع الوارث /م .

العصبة

وقـوله : (وباق أَو كُلٌّ لعصبة) .

أَى وما بقى من أَهل الفروض فهو للعصبة ، إِن كان هناك أَهل فرض ، وإِن لم يكن فالكل للعصبة .

وقـوله : (وهى ابن ثم ابنه وإِن سَفُل ، ثم أَب ثم أَبوه وإِن علا ، وولده ، ويعادٌّ بغير وارث).

أَى وأَولى العصبات الابن وإِنما قدمناه على الأَب لأَن الله تعالى جعل للأَب معه السدس وجعل له الباقى ، ثم الأَولى بعد البنين بنوهم ، وإِن سفلوا ، ثم الأَب ، لأَن سائر العصب يدلى به ، ثم الجد والإِخوة لأَبوين أَو للأَب وهو وهم فى درجة واحدة ، لا يسقطهم بل يرثون معه ، كما سيأْتى ، ولهذا قال ولده فجمع بينهما بالواو ولم يرتب بثم ، والمراد ولد الأَب الأَعلى ، أَما ابن الأَخ فالجد يسقطه ، فإِذا اجتمع جد وأَخوان مثلا وأَخ للأَب عادَّ الأَخ للأَبوين الجد بالأَخ من الأَب ، فيعطى الجد الثلث ثم يأْخذ ابن الأَبوين الباقى ، لأَنه يحجب ابن الأَب وهذه تعرف بمسأَلة المعادّة ، ولو خلَّف جدا وأَخاً لأَبوين ، وأُختا لأَب ، أَخذ الجد سهمين من خمسة ، وأَخذ الباقى الأَخ بحكم المعادّة ، فلو كان مع هؤلاءِ أُخت للأَبوين ، كان للجد الثلث .

وقـوله : (وللجد الخير من ثلث وقسمة[1] ، وحيث فرض ، فمن ثلث باق[2] ، وسدس[3] وقسمةٍ) .

أى اعلم أنه إذا اجتمع جد وإخوة ، فقد يكون معهم ذو فرض واحدٍ أو لا يكون .

الحالة الأولى : أن يكون للجد الأغبط من ثلث الجميع والقسمة ، وحيث يكون معه أخ أو أخت ، أو أخ وأخت ، أو ثلاث أخوات ، فالقسمة خير له ، وإن كان أخ وأختان أو أربع أخوات ، فالقسمة والثلث سواءٌ ، وما عدا ذلك فالثلث خير له .

والحالة الثانية : أن يكون معهم ذو فرض ، واستغرقت المال ، أو بقى السدس ، فيأخذه فى الأولى عائلا ، وفى الثانية كاملا ، ويسقط الإخوة ، وإن بقى أكثر من السدس ، فله الأغبط من ثلث الباقى والقسمة والسدس ، فإن كانت الفروض النصف والقسمة أغبط مع أخ وأخت أو ثلاث أخوات ، وإن زادت واحدة استوت القسمة وثلث الباقى والسدس ، فإن زاد أكثر ، فثلث الباقى والسدس سواءٌ . وفى كلام القونوى فى هذا الموضوع اضطراب يفهمه من يقف عليه ، وإن كانت الفروض فوق نصف دون ثلثين كبنت وزوجة ، فالقسمة خير من أخ أو أختين لأكثر ، بل يفرده بالسدس ، وإن كان الفرض

---

(١) مثاله مات وترك زوجة وأختاً وجداً ، أصلها من أربعة للزوجة سهم وللجد سهمان ، وللأخت سهم ، /ﻫ .

(٢) مثال ثلث باق مات رجل وترك زوجة وثلاثة أخوة وجد ، أصلها من اثنى عشر ، للزوجة الربع والجد ثلث مابقى والأخوة ستة لكل واحد سهمان ، /ﻫ .

(٣) مثاله مات رجل وترك بنتاً وجداً وأماً وأخوين ، أصلها من ست وتصح من اثنى عشر للبنت ستة وللأم سهمان وللجد سهمان ولكل أخ سهم ، /ﻫ .

قدر الثلثين فإن خلف بنتين ، فالقسمة خير مع الأُخت الواحدة ، وإلا فالسدس ، وإن خلف أُمًّا وجدًّا وأخاً ، فللأُم الثلث والباقى بين الجد والأَخ نصفين ، فإن كان بَدَل الأَخ أُخت ، فعندنا وهو مذهب زيد - أن للأُخت ثلث الباقى ، وللجد الثلثين فهذه المسأَلة ، تعرف بالخرقى لتخرق أَقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ، فعند أَبى بكر رضى الله تعالى عنه للأُخت الثلث والباقى للجد وعند عمر رضى الله تعالى عنه للأُخت النصف والباقى للجد والأُم أَثلاثاً ، وعند عثمان رضى الله تعالى عنه لكل منهما الثلث ، وعند على رضى الله تعالى عنه ، للأُخت النصف وللأُم الثلث وللجد الثلث ، وعند ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ، للأُخت النصف والباقى بين الجد والأُم بالتسوية .

وقوله : (فللأُخت عادَّت إلى النصف والباقى لولد الأَب ، ولأَكثر إلى الثلثين) .

أَى إذا كان المعادّة للجد ، بولد الأَب أُنثى ، فلا يؤخذ ما حجب عنه الجد كله إلا إذا كان النصف فما دونه ، فإن زاد على النصف شيءٌ فهو لولد الأَب كما إذا خلف جداً وأُختا لأَبوين وأَخا لأَب ، كانت المسأَلة من خمسة ، للجد سهمان ، وللأُخت سهم وللأَخ سهمان ثم من يد الأَخ تمام النصف ، ولم يوجد أَصل فتضرب المسأَلة وهى خمسة فى مخرج النصف وهو اثنان تكون عشرة فتضرب للجد اثنان فى اثنين أَربعة ، وللأُخت واحدة فى اثنين ، اثنان ، وللأَخ اثنان فى اثنين ، أَربعة ، تأْخذ من يده ثلاثة للأُخت للأَبوين مع الاثنين

فتكون خمسة تمام النصف وسهما[1] له ، فإن كانتا اثنتين فأكثر ، أخذ بالحكم المعادة إلى ثُلُثَيْن ، وفهم بقوله إلى النصف أنه قد بقى لها دونه ، كما إذا خلَّف أُختا لأَبوين وأَخا لأَب وجدا وزوجة ، فإن لزوجته الربع والباقى يقسم خمسة أَسهم ، للجد سهمان وللأُخت ثلاثة وهو أَقل من النصف ، وأَفهم بقوله إلى الثلثين أنه قد يبقى دونهما ، كما إذا خلف أُختين لأَبوين وأُختا لأَب وجدا ، فيقسم المال خمسة للجد سهمان ، ولهما ثلاث وهو أَقل من الثلثين ، ويستكمل الثلثين ، إذا كُنَّ أَربع أَخوات اثنان لأَبوين واثنان للأَب ، وللجد معهن الثلث ، لاينقص عنه وإن كثروا سواءٌ كن نساءً أَو نساء معهن رجال من أَب .

وقــوله : (ثم أَخٌ لأَبوين ثُمَّ لأَب ، ثم بنوهما كذا ، ثم عم لأَبوين ثم لأَب ثم بنوهما كذا ، ثم عَمُّ أَبٍ ثم بنوه ، ثم عم جدٌّ ، ثم بنوه وهكذا) .

إذا لم يخلف الميت فروعاً ولا أُصولا فالعصبة ، الأَخ للأَبوين ، فإن فقد فالأَخ للأَب ، ثم ابن الأَخ للأَبوين ثم ابن الأَخ للأَب ، يقدم ابن الأَخ لأَبوين على ابن الأَخ للأَب ، ويقدم ابن الأَخ للأَب على ابن ابن الأَخ للأَبوين ، كما قدم الأَخ للأَب على ابن الأَخ للأَبوين ، وإلى هذا أَشار بقوله : ثم بنوهما كذلك ، وقد اعترض القونوى على صاحب الحاوى ، فعلم منه أَن ابن الأَخ من الأَب مقدم على ابن ابن الأَخ للأَبوين ، والحق أَن ذلك مفهوم من كلامه

---

(١) أى للأخ من الأب بعد أخذ الثلاثة أسهم منه لتكلة النصف للأخت الشقيقة ، /م .

كما بيناه ثم عم للأبوين ثم عم للأب ثم بنوهما كذلك ، فراعَيْنَا فى بنى الأعمام ما راعينا فى بنى الإخوة وعلى هذا الترتيب فى عم الأب وبنيه ثم عم الجد وبنيه ، يقدم البعيد من الجهة المقدمة على القريب من الجهة المؤخرة كابن الابن وإن سَفُل مقدم على الأخ ، ويقدم ابن الأخ وإن سفل على العم ، ويقدم ابن العم وإن سفل على عم الأب ، وإن استويا فى درجة العصوبة ، قدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب ، إذا كان فى درجته لقوته ، ولكن ليس لولده ذلك القرب .

وقـوله : (ثم معتق ولو عاوضه ، ثم ذكور عصبته ، بتقدير أَنَّه الميت على دين العتيق ويؤخر هنا جد عن أخ وابنه) .

أى فإذا لم تكن عصبة من جهة النسب وله معتق ، وهو عصبة بالولاء ، سواءٌ كان المعتق رجلا أو امرأة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاءُ لمن أعتق »[1] وسواءٌ كان العتق بعوض من العبد أم لا ، فيثبت الولاءُ على من أعتق بكتابة أو بشرائه نفسه ، كأن قال السيد : بعتك نفسك بألف وقال : اشتريت ، فإنه يعتق ويلزم الألف ذمته ، وكذا لو قال أعتقتك بألف فقال قبلت ، ويثبت له عليه الولاءُ كما لو اعتقه لله تعالى ، وإن كان العوض من غير العبد ، كما إذا قال له : اعتق عبدك لله بألف فأعتقه ، فإن مات المعتق صار

---

(١) صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الولاء لمن أعتق » وفى رواية للبخارى « الولاء لمن أعطى الورق وولى النعمة الحديث ص ٦٨ جـ ٦ نيل الأوطار .

الولاءُ للذكور عصبته دون الإناث فلا ترث امرأة من الولاءِ ، إلا من عتيقها ، أَو ممن ينتمي إلى عتيقها بنسب أَو ولاءٍ ، وإذا ورثه عصبة المعتق ورثوه كما يرثون المعتق لو كان هو الميت اليوم على دين العتيق ، فإن مات العتيق مسلماً ورثه من العصبة من كان مسلماً ، لأَنه لو مات المعتق اليوم مسلما لما ورثه إلا المسلم من عصبته ، ولو كان العتيق كافراً ، لو خلف ثلاثة بنين فأَولد أَحدهم واحداً والآخر أَربعة والثالث خمسة وهلك الثلاثة وبقى بنوهم اقتسموا إرث العتيق أَعشاراً ؛ لأَنه لو مات المعتق اليوم لورثوه كذلك . والصحيح أَن الجد فى الولاءِ يؤخر عن الإخوة ، لأَن الجد أَبو أَب المعتق ، والأَخ ابن أَبى المعتق ، والبنوة أَقوى فى العصوبة ، وإنما لم ترث إناث العصبة فى الولاءِ لأَن الذكر لا يعصب الأُنثى إذا تراخى النسب كابن الأَخ والعم لا يعصب أُخته فالولاءُ أَضعف من النسب المتراخى ، فإذا لم ترث بنت العم ، فبنت المعتق أَوْلى أَن لا ترث .

وقوله : (ثم مُعْتِقُه ، ثم عَصبَتُه ، أَو معتق أَصل لمن رَقَّ أَحد آبائه ، دونه) .

أَى فإذا لم يبق للميت معتق ولا عصبة فعصبة الميت معتق المعتق ، فإن لم يَمسَّه الرّق وَمَسّ أَحد أُصوله ، فعصبته معتق أَصله ثم عصبته ، فإن مَسَّهُ الرّق وَمَسّ أَصله قدم معتقه ثم عصبته ، ثم بيت المال .

وقوله : (والأَولى به ، فيجره ، لا لنفسه معتق أَب ، ثم أَب ، فأَبٍ ،

ثم ذى قُرْبٍ ، ثم ذكورة لم تتمحض ، لجهة أَب ، ثم أُنوثة ، ثم بجهة أُم كذلك[1]).

أَى والأَولى بالولاءِ فيمن رَقَّ أَحد آبائه دونه معتق الأَب ويتقرر له الولاءُ ثم معتق الجد إن لم يكن أَبا أَو كان وهو رقيق ، فإذا اعتق جَرَّ الولاءِ إلى مواليه ، ويجره أَيضاً من موالى الأُم إلى مواليه .

ويتصور أَن يكون الولد حراً لم يمسه رِقٌّ وأَبواه رقيقان ، فيما إذا تزوج رقيق امرأَة زعمت أَنها حرة أَو اعترفت بذلك ثم ولدت له ولدا ، وبانت أُمه ، فإن الولد يكون حراً بينهما وكذلك إذا وطىء الرقيق أَمةً ظنها زوجته الحرة ، فإن الولد يكون حراً أَيضاً ، فإذا أَعتقت أُمه ثبت الولاءُ عليه لمواليها فإذا أَعتق أَبوه بعد ذلك انجر الولاء إلى مواليه ، وتقدم معتقُ الجد القائم مقام الأَب على معتق الأُم ، ويجر الولاءُ منها وإن كان بعيداً ، وإذا اعتق الأَب غَيْره . أَما إذا اشترى أَباه فعتق عليه فإنه لا يجر ولاء نفسه من معتق أَمه ، فإذا لم يعتق أَحد من آبائه العصبات فإنه يعتبر القرب ، فيقدم معتق الأُم على معتق أُم الأَب ، ومعتق أُم الأُم على معتق أُم أَبِ الأَب ، فإن استووا فى القرب يقدم بالذكورة غير المحضة فى جهة الأَب ، وهى التى يُدلى الذكر فيها بالأُنثى على الأُنوثة فى جهة الأَب ، فيقدم معتق أَب أُم الأَب على معتق أُم أُمه ، ثم بالأُنوثة من جهة الأَب على الذكورة

---

(١) أى ثم يقدم بذكورة من جهة أم، على الأنوثة من جهتها ، فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم ، ويقدم بذكورة ثم بذكورة غير محضة ، بالأنوثة المحضة من جهة الأم ، كالترتيب من جهة الأب فى تقديم الذكورة من جهتها فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم لمــا مر / ف .

من جهة الأُم ، فيقدم معتق أُم أُم الأَب على أَب أَب الأُم ، ثم يقدم بالذكورة من جهة الأُم على الأَنوثة من جهتها ، فيقدم معتق أَب الأُم على معتق أُم الأُم ، ولو خلف إنسان حرًّا مِنْ حُرَّيْنِ ، لا ولاء عليهما وكان فى أَجداده رقيق ، ويتصور فى نكاح الغرور ، ووطءُ الشبهة فإذا أَعتقت أُم أُمه ، ثبت الولاءُ عليه لمعْتِقِهَا ، فإذا أَعتقت بَعْدَ ذلك أَبو[1] أُمه جر الولاءُ إلى مولاه ، وإذا أَعتقت أُم الأَب بعد ذلك انجر الولاءُ إلى من أَعتقها ، فإذا أَعتق أَبو أَبيه[2] بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه واستقر عليه ولو كانت المسأَلة كحالها لكن أَبوه رقيق فأَعتق الأَب بعد عتق هؤلاءِ انجر الولاءُ إليه ، وقوله فى الحاوى يقدم جهة الأَب ويجر ولاءُ غيره مقرب أَو أَقرب ، ثم ذكرُ كلٍ فيه أُمور :

أَحدها : قوله إن الولاء ينجر إلى جهة الأَب مقرراً إن أَراد بجهة الأَب خاصة ، فلا شك أَن الولاء ينجر إليه مفرداً ، ولكن يكون قد أَهمل ذلك الحد ، وإن أَراد ما فسر به الشارحون جهة الأُبوة وهو مشكل لأَنا قد بَيَّنَّا أَنه ينتقل من جهة الأُبوة غير مقرر حتى ينتهى إلى الأَب ثم يتقرر .

الثانى : قوله وأَقْرب ، إن أَراد إما الأَقرب ، مقدم على الإطلاق فهو مشكل ؛ لأَن معتق أَب الأَب مقدم على معتق الأُم فهى أَقرب ، وإن أَراد : أَقرب فى جهة الأَب خاصة فهو مشكل أَيضاً ، فإن معتق أَب الأَب مقدم على معتق أُم الأَب وهى أَقرب فى جهة الأَب .

---

(١) الراجح لغة أبا أمه لأن الأسماء الخمسة تنصب بالألف وترفع بالواو وتجر بالياء إذا كانت مفردة مكبرة مضافة لغير ياء المتكلم .

(٢) فيه ما ذكرناه فى الهامش السابق .

الثالث : أَن شارحى الحاوى فسروا قوله أَقرب ، أَن مراده أَقرب أَصل من أُصول من لم يَمَسَّه الرِّقُّ فيكون مقتضى عطفه بالواو التشريك بين جهة الأَب والأَقرب فمن التقديم ، فيكون معتق الأُم مساوياً لمعتق أَب الأَب ، لأَن هذه فضيلة القرب ، وفى هذه فضيلة الأُبوة .

الرابع : قوله: ثم ذكر ، يقتضى أَن يكون الأَقرب مقدماً على الذكورة فى كل عطفه بثم ، وقد بَيّنا أَن معتق أَب أَب الأَب مقدم على معتق أُم الأَب ، والقرب والذكورة ، إنما يطرد هذا الحكم فيها ، فى غير محض الآباءِ ولهذا عطف فى الإِرشاد بثم وقد بَيَّنَّاهُ ، واكتفى فى جهة الآباء بترتيبها عن ذكر القرب ، وللذكورة لأَنه جعل الأَول أَولى من الجد ، وكل أَب أَولى من أَبيه ، وجعل أَب الأَب وإن علا أَولى من الأُم ، لما بَيَّنَاه أَن الولاء فى الأَب ينجر من معتق أُمه إلى معتق أَبيه .

الخامس : أَنا إن قلنا إن المراد الذكورة تدلى فيها بالأُنوثة ، فهو مشكل لأَن مقتضى قوله : ثم ذكر كل معتق أَب أُم أَبيه ، مقدم على معتق أُمه ، ولا يخفى فساد ذلك فعلمت أَن للذكورة هنا حالة لا يتراخى إلا عند تساوى الدرجة ، وأَن الأَقرب هنا مقدم على الإِطلاق .

السادس : أَن مقتضاه أَيضاً ، تقديم الذكورة من جهة الأُم على الأُنوثة من جهة الأَب ، وليس كذلك ؛ فقد صرح فى العزيز والروضة وغيرهما[1] ، أَن أُم أُم الأَب ، مقدم على معتق أَب أُم الأُم بل مقدم على أَب الأُم .

---

(١) عبارة (ب) « أن أم أم الأب مقدمة على أب أم الأم بل تقدم على أب أب الأم » وهو الموافق لعبارة العزيز والروضة ، اللذين نقل عنهما ، والكلام فى معتق كل من هؤلاء ويكون المعنى أن معتق أم أم الأب مقدم الخ . والظاهر أن كلمة (معتق) ساقطة من صدر الكلام بعد كلمة (أن) فى (أ) .

وقـوله : (فَلِبِنْتٍ انْفرَدَتْ من أَب أَعْتَقَتْهُ ، هى وابنٌ ، ما سوى الثُمْن ، ومن عتيقه كمن الأَخ نصف وربع) .

أَى إذا كان رجل رقيقاً وله ابن وبنت حُرَّان ، فإن اشترياه ، وعتق عليهما فمات الابن ثم مات الأَب ، وخلف البنت وحدها حَازَت التركة إلا ثُمْنَها ، لأَن لها النصف فريضة ولها نصف الباقى وهو ربع الجميع ، لكونها ، معتقة نصف أَبيها ولها نصف الباقى أَيضاً وهو ثُمْن الجميع لكونها معتقة نصف أَب معتق النصف الآخر ، وهو أَخوها ، وبقى من التركة الثمن لبيت المال ، ولو كان للأَب عتيق ومات بعده ولم يخلف غيرها فلها من تركته النصف والربع ، أَما النصف فلكونها معتقة نصف معتقه ، والربع لكونها معتقة نصف أَصل معتق نصف من أَعتقه ، وكذا لو مات الأَخ بعد الأَب وخلفها وحدها أَخذت النصف بالفريضة ونصف نصف وهو الربع ، لكونها معتقة نصف أَبيه والباقى لبيت المال .

وقـوله : فى الحاوى[1] : فَرْدَةُ أَراد انفرَدَتْ ولا يخفى ما بين العبارتين ، فإن الفردة يفهم أَنها بنت واحدة ، لأَنه لا وارث غيرها انفردت ، ولهذا نقول انفردت النسوة ، ولا نقول فردة النسوة ، ولو مات عتيق الأَب وخلف هذه البنت وأَخاها كان الولاءُ للأَخ خاصة ، لأَنه عصبة بنفسه دون البنت وحكوا أَنه غلط فى هذه أَربعمائة قاض أَشْرَكُوهَا معه فى الولاءِ .

---

(١) وفى ح « فلبنت فردة اشترت وابن الأب غير ثمن ومن عتيقه والأخ نصف وربع » .

وقوله : (ومن أُخْتٍ أَعْتَقَتْ معها الأُم ، والْأُمُّ وَأَجْنبيٌّ الأَب الثلثان وَثُلثٌ للأَجنبي) .

أَى فلو أَعتقت هذه البنت المنفردة هى وأُخت لها أُمَّهما ، ثم إن الأُم أَعتقت أَباهما هى وأَجنبي ، ثم ماتت إحدى البنتين بعد موت الأَبوين وانفردت الأُخرى ، فلها ثلثا مال الميت ، والثلث للأَجنبي ؛ لأَن لها النصف بالفريضة ، والنصْف الثانى لمعتق الأَب ومعتقة الأُم والأَجنبي ، فربع الجميع للأَجنبي والربع للأُم فيكون لمعتقها - ومعتقها الأُختان - فلكل منهما الثمن ، لكن إحداهما ميتة فنصيبها وهو نصف الثمن لمعتقها - ومعتقها الأُختان - فتدور المسأَلة ، لكنه دور يعلم منه أَن للأَجنبى من النصف ضعف ما للأُخت فيجعل النصف بينهما أَثلاثاً ، فتقسم التركة من ستة أَسهم نصفها وهو ثلاثة للأُخت بالفريضة ، وسهما آخر لها بالولاءِ ، وسهمان للأَجنبي ، وأَما ابن الحداد[1] فقال : السهم الدائر وهو الثمن فى بيت المال ، وقال غيره : جعل هذا الثمن كأَن لم يكن وتقسم التركة على سبعة ، خمسة لها وسهمان للأَجنبي .

وقوله : (ثم بيت المال ، ثم يرد بالنسبة فى ذوى الفروض ، بزوجته ، ثم ذو رحم ، كل كمن يدلى به) .

---

(١) ابن الحداد . الإمام الجليل أبو بكر بن الحداد المصرى صاحب « الفروع » وصاحب ذيل الفضل الذى هو على الرءوس محمول وعلى العيون موضوع ، ولد فى سنة ٢٥٦ ست وخمسين ومائتين وأخذ الفقه عن أبى سعيد الفريابى وبشر بن نصر ومنصور بن إسماعيل الضرير وجالس أبا اسحاق المروزى لما ورد مصر . وأدخل بغداد سنة ٣١٠ عشرة وثلاثمائة واجتمع بالصيرفى الاصطخرى ولم يتهيأ له الاجتماع بابن سريج وكان الشيخ وحده فى حفظ القرآن الكريم إمام عصره فى الفقه بحرا واسعاً فى اللغة وله كتاب « الباهر » فى الفقه، وكتاب « الفروع المولدات» المختصر المشهور الذى شرحه عظماء الأصحاب منهم القفال والشيخ أبو على السنجى والقاضى أبو الطيب الطبرى والقاضى الحسين المروزى وغيرهم . وقال ابن زولاق فى شوال سنة ٣٢٤ سلم محمد بن طفج الأخشيدى قضاء مصر إلى أبى بكر بن الحداد وكان أيضاً ينظر فى المظالم وحج ومرض وتوفى عند البير والجميزة لاربع بقين من المحرم سنة ٣٤٥ ودفن بسفح المقطم عند قبر والدته وحضر أبو القاسم الإخشيد وأبو المسك كافور جنازته .

أى فإن لم يكن للميت عصبة ولا معتقة أصل ، فعصبته بيت المال ، فيكون له الكل عند عدم الوارث ، والفاضل عن ذوى الفروض عند وجودهم كالبنات ونحوهن ، فإن لم يكن للمسلمين بيت مال ، أو كان ولم ينتظم أمره رد المال الباقى على ذوى الفروض ما خلا الزوج والزوجة على الأصح لعدم القرابة ، فإن لم يكونوا صرف المال إلى القاضى إن كان فيه شروط القضاء وَأُذِنَ له أن يتصرف فى المصالح ، وكذا إن لم يؤذن له على الأصح ، وإن لم يكن صرف لأمين فى المصالح ، إن كان فى يده ، وإلا سُلِّمَ إلى أمين ثم الرد على ذوى الفروض يكون بنسبة فروضهم إن تعددت جهاتها ، وإن كان شخصاً واحدا دفع إليه فرضه والباقى بالرد ، وإن كانوا جماعة من صنف . فالباقى بينهم بالتسوية ، فإن ماتت عن زوج وبنت وأم ، فالمسألة من اثنى عشر ، للأم سدسها ، وهو اثنان وللبنت نصفها ، وهو ستة ، وللزوج الربع وهو ثلاثة ، يبقى سهم ، ثلاثة أرباعه للبنت وربعه للأم ولا شيء للزوج منه ، فإن لم يكن ذو فرض أخذه ذو رحم ، كل كمن يدلى به ، فيه إشارة إلى مذهب أهل التنزيل لأنهم ينزلون كل فرع منزلة أصله ، ويقدمون الأقرب إلى الوارث وينزلون ، الخالات والأخوات بمنزلة الأم ، والأعمام من الأم ، والعمات مطلقاً بمنزلة الأب ، وأهل القرابة يورثون الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب كالعصبة ، فإن استووا فى القرب ورثوا جميعاً .

وقوله : (ويقدم الأسبق إلى وارث ، ثم افرِضْ الوارث ، وَرثَ وَوَرِثُوهُ ، وَسَوِّ بين فروع ولد الأم ، وخئولة ، كأمومة ، وَعُمومة كأُبوة) .

أى ويقدم الأَسبق من ذوى الأَرحام إلى الوارث إلى الميت ، فبنت ابن البنت ، وبنت بنت الابن عند أَهل التنزيل كالبنت وبنت الابن ، نظراً إلى القرب من الوارث ، وأَهل القرابة يقدمون بنت البنت فتأْخذ كله ، لأَنها أَقرب إلى الميت .

ولو خلف بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ، فالمال للثانية للاتفاق لاستوائهما فى القرب من الميت وَانْفَرَدَتْ الثانية بالقرب من الوارث .

وَيُنَزَّلُ بنات الأُخوة من الأُم وبنوهم وبنات الأُخوة من الأَب والأُم أَو الأَب ، كل منهم منزل منزلة أَبيه وأُمه ، وإن سَفَلُوا بطنا بعد بطن ، يقدم الأَسبق منهم إلى الوارث كما ذكرناه ، فإذا خلف بنت أُخت وابنىْ أُخت أُخرى ، وهما من الأَب والأُم أَو من الأَب ، فنصفهُ للبنت ونصفه للابنين ، أَو ثلاث بنات أُخوة متفرقين ، فالسدس لبنت من الأُم والباقى لبنت الأَخ من الأَبوين .

وينزل الأَجداد الساقطون ، والجدات الساقطات ، كل منهم بمنزلة ولده بطنا بعد بطن ، يقدم الأَسبق منهم إلى الوارث ففى أَب أُم أَب الأَب ، وأَب أُم أُم الأُم ، المال للثانى لأَنه أَسبق إلى الوارث .

وينزل الأَخوات والخالات بمنزلة الأُم ، ويقسم المال بينهما إذا انفردوا على حسب ما يأْخذون من تركة الأُم .

وتنزل الأَعمام من الأُم والعمات ولو من الأَبوين بمنزلة الأَب ، وأَولاد الأَخوال والخالات ، وأَولاد الأَعمام من الأُم والعمات منزلة

آبائهم وأُمهاتهم عند الانفراد والاجتماع ، ولذلك قلنا وخئولة وعمومة ليشمل الأُصول والفروع وكل هؤلاء من سبق إلى الوارث وكان واحداً كان مثله ، فإن استووا فى السبق إلى الوارث قدرت ، كأَن الميت خلف من يدلون به من الورثة ، واحداً كان أَو جماعة، ثم يجعل نصيب كل واحد لمدليين على حسب ميراثهم لو كان هو الميت ، وهو المراد بقوله : ثم افرِضْه ورث وورثوه فيكون للذكر مثل حظ الأُنثيين ، إلاَّ فروع ولد الأُم فَإِنه يَجْعَل ذكورهم وإناثهم سواء كما ذكره الجمهور ، من أَهل التنزيل لكن الإمام قال : قياس مذهبهم تفضيل الذكر ، لأَنهم يقدرون أَولاد الوارث لأَنهم يرثون منه . وقوله فى الحاوى : وقسم نصيب كلٍ على مشبهه كَإِرْثِهِ منه ، يرد عليه أَولاد ولد الأُم فإنه لا يفضل ذَكَرَهُمْ كما نص عليه الجمهور .

الحجب

وقــوله : (وتُحْجَبُ كلٌ غَيْرَ ولد الأُم بمن يدلى به ، وجَدَّاتٌ بـأُم ، وبُعْدَى بقربى لأُم) .

أَى : اعلم أَن هذا باب الحجب[1] وهو باب من أَبواب الفرائض ،

---

(١) وهو لغة المنع ومنه الحاجب للأمير والحاكم ، والمحجوب والممنوع وشرعاً منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظية ، وهو كما قال نوعان حرمان ونقصان ، فالحرمان هو منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية ويكون بالوصف كالقتل والرق واختلاف الدين ، فالقاتل ومن به رق والكافر لايرث المسلم ويقال لها الموانع أى تسمى موانع الإرث ويكون حجب الحرمان أيضاً بالشخص كالأب بالنسبة إلى الجد فإنه يمنع الجد من الميراث كلية وكابن الابن مع الابن فالابن يمنع ابن الابن من الميراث كلية ، وأما حجب النقصان فهو منع من قام به سبب الإرث من أوفر حظية كالأم مع الأخوة أو مع الفرع الوارث فإنها تنتقل من الثلث إلى السدس ، وكالزوج مع الولد ، فإنه ينتقل من النصف إلى الربع ، وكالزوجة مع الولد فإنها تنتقل من الربع إلى الثمن /م .

وهو حجبان ، النقصان كحجب الزوجة بالولد من الربع إلى الثمن ، وحجب حرمان ، وهو المراد هنا ، وإن كان الوارث يدلى بنفسه كالولد فهو لا يحجب ، وإن كان يدلى بغيره حجب بذلك الغير ، وهو المراد بقوله : ويحجب كل غير ولد أُم ، فإنه يدلى بالأَم فابن الابن يحجب بالابن والجد بأَب ، وهذه قاعدة كلية لا يستثنى منها إلا ولد الأُم فإنه يدلى بالأُم ولا يحجب بها وتُحجبُ أَيضاً الجدات مطلقاً بالأُم ، أَما أُمها فقد دخلت فيما سبق إلا أَنَّها أَيضاً تحجب كل جدة من قبل الأَب لأَن الجدات يرثن السدس الذى تستحقه ، فإذا أَخذته لم يبق لهن شىء وتُحْجَبُ الجدة البعدى بالأَب بالقربى للأُم فإذا كان له أُم أُم حجبت أُم أُم الأَب ولا عكس ، فلا تُحْجبُ أُم الأَب ، أُم أُم الأُم وإن علت ؛ لأَن الأَب لا يحجبها ، وكيف تحجبها أُمُّهُ وهى محجوبة ، وقد علمت مَا مَرّ ؛ لأَن البعدى من كل جهة تُحْجَبُ بالقربى من جهتها ، وأَن الأَب يحجب أُمه كالأُم تَحْجُبُ أُمها .

وقوله : (وبنت ابن به ، وبنتين لا إن عُصِّبَتْ ، وولد أَصل بأَب وابنٍ ، وابنه ، وولد أَبٍ بعَصَبةٍ لأَبوين ، وأُختَ لأَب بأُختين لأَبوين ، لا إن عُصِّبَتْ ، وولد أُم ، بجدٍ وفرعٍ) .

أَى : ويحجب بنت الابن وبناته بالابن ، وإن لم يكن آباؤهن ، فأَما حجبهن بأَبيهن فقد علم مما سبق ، وتحجب بنت الابن وبناته أَيضاً ببنْتَيْن من أَولاد الصلب ، إلا إذا كان معهن أَو أَسفل منهن من يعصبهن ، كما بيناه .

ويحجب ولد الأَصل وهم الأُخوة والأَخوات لأَبوين أَو لأَب والأَعمام كذلك بالأَب والابن وابن الابن يحجب ولد الأَب برابع وهو الأَخ من الأَبوين فردا كان أَو مع أُخوة أَو أَخوات ، لما روى[1] عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أَعيان بنى الأُم يتوارثون ، دون بنى العلات ، يرث الرجل أَخُوه لأَبيه وأُمه دون أَخيه » آخر هذا الحديث تَفْسِير لأَوَّله . والأُخت للأَب بالأَربعة المذكورة وبأُختين فأَكثر من الأَبوين إلا أَن يكون معها أَخ لأَب يعصبها فإن لهما الباقى ، كما سبق ، ويحجب أَيضاً الأُخوة والأَخوات من الأُم بالجد والفروع ، كالابن والبنت ، وابن الابن ، وإن حُجِبُوا بالجد فالأَب أَولى ، فولد الأُم لا يرث إلا من الكلالة وهو من يرثه غير الآباء والأَولاد .

وقـوله : (ولا يحجب غير وارث ، إلا أَخوان مع أَبوين ، وولد أُم أَو أَحدهما ، وآخر لأَبوين أَو لأَب ، مع أُم وجد والمعادَّةُ) .

أَى : ويشترط فيمن يحجب أَن يكون وارثاً ، فمن لا يرث لا يحجب حرماناً ولا حجب نقصان سواء كان عدم إرثه لمانع من رق وقتل ونحو أَو لتقدم غيره عليه إلا فى صور فيما لا يرث لتقدم غيره .

---

(١) حديث على رواه الإمام احمد والترمذى وابن ماجة ، وأخرجه الحاكم وقال النسائى لا بأس به ص ٥٧ حـ٦ نيل الأوطار ، وأعيان بنى الأم ، هم الأخوة لأبوين ، وبنى العلات أولاد الأمهات المتفرقة من أب واحد ، قال فى القاموس والعلة الضرة وبنو العلات بنو أمهات شتّى من رجل ، ويقال للأخوة لأم فقط « أخبان » بالخاء المعجمة والباء التحتية ، وبعد الألف فاء / م .

أَحدها : الأَخوان لأَبوين أَو لأَب إذا كانا مع الأَبوين ، فإنهما يحجبان الأُم من الثلث إلى السدس وهما غير وارثين لأَن الأَب يحجبهما .

الثانية : الأَخوان من الأُم مع الأُم والجد ، فإنهما يحجبان الأُم من الثلث إلى السدس والجد يحجبهما ، وكذلك إذا كان أَحدهما وثانيه ولد أُم وأَب ، وولد أَب ، فإنهما يحجبان الأُم إلى السدس ، والجد يسقط ولد الأُم .

الثالثة : المعادَّة كجد وأَخ لأَبوين وأَخ لأَب ، فالأَخ من الأَب يُنْقِصُ الجد مع أَنه يسقط بالأَخ لأَبوين .

وقوله : (فلأُم أُم مَعَ أَب وأُمه سدس ، كجد حجب ولد أُم ، وساواه ولد أَب) .

أَى : وإذا كان لا يحجب إلا من يرث ، فلأُم الأُم مع الأَب وأُمه السدس إلا نصفه ؛ لأَن أُم الأَب لا ترث مع الأَب فلا يحجبها إلا نصف السدس ، ولا يقال إن الأَب إذا حجب أُمه يأْخذ نصيبها كما كان الأَخ من الأَبوين إذا حَجَبَ الأَخ من الأَب فى المعادة أَخذ نصيبه . والفرق ، أَن أُم الأَب ترث بالفرضيَّةِ والأَب بالعصوبية فلم يمكن رد فرضها إليه بخلاف الأَخوين فإنهما يرثان بالعصوبية ، فرُدَّ نصيب أَحَدِهما لِلآخرِ وكذلك الأَخ للأُم يَحْجبُه الجد ، إذا كان معهما أَخ لأَبوين أَو لأَب استوى هو والجد فى المقاسمة ولا يرجع إلى الجد نصيب الأَخ للأُم لاختلاف جهة إرثهما .

وقـوله : (وترِثُ عَصَبَةٌ بفرض أَيضاً ، كابن عم أَخٌ لأُم ، ولا يقدم بها على ابن العم إلا فى الولاءِ) .

أَى : وإن اجتمع فى شخص جهة فرض وجهة تعصيب ، ورث بهما كابن عم وهو أَخ من أُم أَو زوج ، فإِنه يرث بفرض الأُخوة والزوجية . ثم الباقى بالتعصيب ، فإِن كان معه من هو فى درجته ، قاسمه فى الباقى ، ولا يقدم ابن عم أَخ من أُم على ابن عم ليس بأَخٍ بل يقسمان ما زاد على الفرض بالتسوية . هكذا نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى ونص فيما إِذا خلف المعتق ابنَىْ عم أَحدهما أَخ من أُم أَنه يقدم ، فقيل ففيه قولان بالنقل والتخريج ، والأَصح تقريب النصين ، الفرق أَن الأَخ من الأُم فى النسب يرث بالأُخوة فيعطى فرضه وجعل الباقى بينهما لاستوائهما فى العصوبية .

والأَخ من الأُم فى الولاءِ لا يرث بالأُخوة فرجحت عصوبته بالأُم كالأَخ من الأَبوَيْن ، فَعَلى هذا يرث لو لم يرث بالفريضة ، بأَن كان للميت بنت فوجهان ، أَحدهما أَنه يحجب الآخر كما فى الولاءِ ، والأَصح أَنهما سواء ، لأَن البنت أَسقطت حكم الأُخوة من الأُم .

وقـوله : (ولا يرث بفرضين ، بل بما يَحجب أَو لا يَحْجُب ، أَو حَجْبُه أَقل وإِن حجب فبالآخر) .

أَى : ولا يرث شخص واحد بفرضين وذلك بتصور فى أَن نكحت المجوسية للمحارم ، أَو فى وطء أُمه وولدها لم يرث بالبنوة

والأُخوة معا ، بل يرث بأَقواهما ، وليس كابن عم أَخ من أُم فإِنه يرث بهما ، لاختلاف جهة العصوبة والفرض ، وذلك فى حق الأَب مع البنت ، فإِن له السدس بالفرض ولها النصف ، ويأْخذ الباقى بالعصوبة ولا بعهد الإِرث بالفرضين ويعرف الأَقوى بأُمور :

أَحدها : يحجب بأَحدهما الأُخرى كبنت هى أُخت لأُم ، بأَن وطئ أُمه فولدت له بنتاً ، فترث له بالبنوة ، لأَنها تحجب ولد الأُم .

الثانى : أَن لا تحجب أَصلا كأُم هى أُخت لأَب ، ويتصور بأَن وطئ بنته ، فتأْتى بولد فهى أُمه وأُخته فترث منه بالأُمومة ، ولا يحجب أَصلا ، والأَخت لأُب تحجب بجماعة كما سبق .

الثالث : أَن يكون حجبه أَقل كأُم هى أُخت لأَب ، وذلك أَن يطأَ بنته فتلد بنتاً ، فيطأَ البنت فتلد ولداً فهى أُم أُمه ، وأُخته ، فترث الجدُودِيَّةِ إذا ماتت أُمه قبلها لأَن الجدة ، لا يحجبها إِلا الأُم فقط ، بخلاف الأُخت من الأَب ، فإِن حَجْبَها أَكثر ، فإِن حُجب عن الفرض الذى حَجْبُه أَقلُّ أَخذت بالفرض الذى حَجْبُه أَكثر ، كما لو مات الولد فى هذه الصورة وخلف أُمَّه ، وأُمه التى هى أُخته فلأُمه الثلث بالأُمومة ، ولأم أُمه النصف بالأُخوة لأَن جدودتها سقطت بالأُم .

وقـوله : (ولا يرِث[1] قاتل ومخالف فى إِسلام ، وعَهْدٍ وحُرٌّ بعض

---

(١) يشير بذلك إلى موانع الإرث وهى القتل واختلاف الدين والرق ، والدور الحكمى وهو أن يترتب على إرثه عدم الإرث كأخ أقر بابن للميت ، فشرط المقر بالنسب أن يكون جائزا للتركة ، ولو ورث الإبن لتعطل إقرار الأخ بالنسب لفوات الشرط وهو الإرث ولذا قلنا يرث الأخ ويثبت نسب الولد للميت ، /م .

ويورث ملكه ، ولا مُرْتَدٌّ ، ولا يورث كزنديقٍ ورقيق وإن كوتب ، ولا يرث مَنْفى ولا ولد زنا ، إلا من أُم وأَخ منها ، ومن جُهِلَ تأَخر موته) .

أَى : ولا يرث القاتل من مقتوله شيئاً لحديث : « لايرث[1] القاتل .» ولأَنه لو ورث لم يؤمن أَن يستعجل الإِرث به فاقْتضت المصلحة حرمان القاتل مطلقاً وسَدَّ الباب سواء أَكان القتل عمداً أَو خطأ بحق أَو بغير حق ، ولو اقتضى من مال قاتل أَو صال فدفعه عن نفسه بالقتل ، أَو حكم عليه بالقتل وهو إِمام أَو أَدبه وهو أَب أَو معلم فمات ، أَو كان القاتل طفلا لم يرثه ، ولا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم لاختلافهما فى الإِسلام ، ولا كافر معصوم الدم بذمة أَو عهد أَو أَمان من حربى منهم على الأَصح ، ويتوارثون فيرث الذمى من المعاهد ونحوه وعكسه على الأَصح ، والنصرانى من اليهودى ، والمجوسى والوثنى وبالعكس على الصحيح ، ولا فرق بين القريب والمعتق ، والكفر كله ملة واحدة وفى الحديث : « لا يتوارث[2] أَهل ملتين ، ولا يرث المسلم الكافر » فجعل الآخر بياناً للأَول ، ولكن لا مولدة بين الحربى والمعصوم بذميّة ونحوها ، فلو مات ذمى وله أَربعة بنين ذمى مثله ومعاهد ومستأْمَن وحربى ، ورثه الثلاثة دون الحربى .

---

(١) روى هذا الحديث أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لايرث القاتل شيئاً » . ورواه أبو داود ، وأخرجه النسائى وأعله ، والدارقطنى وقواه ابن عبد البر ، وأخرجه الشافعى وعبد الرازق والبيهقى ص ٧٥ حـ ٦ نيل الأوطار .

(٢) رواه احمد وأبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن عمر ، وللترمذى مثله من حديث جابر ، ص ٧٣ حـ ٦ نيل الأوطار .

وليس لحر بعض أن يرث من قريبه لأَنه لو ورث لكان بعض المال لمالك الباقى ، وهو أَجنبى من الميت ويرث منه قريبه جميع ما ملكه ببعضه الحر ، لأَن مِلْكَه عليه تام فأَشبه الحر ولا شئ للسيد إلا ما كسبه ببعضه الرقيق .

وأَما المرتد فلا يرث بل يحرم ولا يوقف الميراث ، بل ما خلفه فهو فى بيت المال ، سواء ما اكتسبه فى الإِسلام وفى الردة ، ومثله الزنديق وهو الذى يظهر الإِسلام ويخفى الكفر وكذلك الرقيق لا يرث لأَنه لوْ ورث لصار لمالكه وهو غير وارث ، ولا يورث لأَنه لا ملك له ، وإن كان مكاتباً أَو مدبراً أَو أُم ولد ، ولا يرث المنفى بلعان من الملاعن ، ولا عكس بانقطاع النسب ، ولا ولد الزنا من الزانى ولا عكسه ، ولكن يرث من الأُم ولدها وترث منه ، وإن مات المتوارثان بغرق أَو هدم ونحوه ، وجهل السابق منهما لم يرث أَحدهما من الآخر ويأْتى فيها خمس صور كما فى الجمعة .

إحداها : أَن يُعْلَم السابق ويتعين فلا يخفى حكمه .

الثانية : أَن يسبق واشتبه السابق بعد التعيين ، فيوقف الميراث .

الثالثة : أَن يعلم السابق ولا يعلم عين السابق .

الرابعة : أَن يعلم موتهما معاً .

الخامسة : أَن لا يعلم السبق ولا بموتهما معاً ، فلا يرث أَحدهما من الآخر فى الصور الثلاث الأَخيرة ، ويجعل كأَن لم يكن ، لأَن توريث

أَحدهما من الآخر تحكم ، وتورثهما معاً خطأ ؛ لأَنه إن ماتا معاً فقد ورث ميت من ميت ، وإن ترتبا ، فَقَدْ يرث من تقدم موته ممن تأَخَّر .

وقوله : (وقُسِمَ مَالُ مَفْقُودٍ ثَبَت مَوْتُه ، أَوْ حُكِمَ به ظَناً وإلا وقف ، كنصيبه ونصيب أَسِيرٍ ومُحْتَاجٍ لِقَائف وحَمْلٍ ولا ضبط لعدده وقسم كمع خنثى بأَسوءِ الأَحوال) .

أَى : اعلم أَن المفقود لغيبة أَو أَسير ونحوهما ، لا يُوَّرث ماله لانقطاع خبره لكن بثبوت موته ، أَو بحكم الحاكم بموته بعد مُضى مدة يغلب على الظن أَن مثله لا يعيش أَكثر منها ، وليست مقدرة عند الجمهور ، وفى وجه شاذ يقدر بتسعين سنة ، فإذا أَراد الورثة قسمة ماله بعد مضى المدة المعتبرة لم يجز حتى يحكم الحاكم بموته ، ثم يقسم ماله بين ورثته الموجودين ، حال الحكم وحينئذ يجوز نكاح امرأَته ، وإن مات قريباً حاضر للمفقود قبل الحكم بموته وقف المال ، وإن لم يكن له وارث غير المفقود وإلا وقف نصيبه وأَخذ فى حق الحاضرين بأَسوءِ الأَحوال فَيُقَدَّرُ حياته فى حق من يسقط أَو ينتقض بها أَو موته فى حق من ينقص بموته ، وأَمثلة ذلك : زوج مفقود وأُختان لأَب وعم ، فإن كان حياً فلهما أَربعة من سبعة ولا شىء للعم ، وإن كان ميتاً ، فلهما اثنان من ثلاثة والباقى للعم ، فيقدر فى حقهم حياته.

مثال آخر : أَخ لأَبٍ مفقود وأَخ لأَبوين وَجَدٌّ حاضران ، فإن كان حياً ، فللأَخ الثلثان وللجد الثلث ، فإن كان ميتاً ، فالمال

بينهما بالسوية فيُقدَّرُ فى حق الجد حياته ، وفى حق الأَخ موته ووقف الباقى.

مثال آخر : أَخ لأَبوين مفقود وأَختان لأَبوين وزوج حاضرون فإِن كان حياً فللزوج النصف والباقى بينهم للذكر مثل حظ الأُنثيين ، فإِن كان ميتاً فللزَّوج ثلاثة من سبعة ، وللأُختين أَربعة من سبعة ، فيقدر فى حق الزوج موته وفى حق الأُختين حياته .

مثال آخر: ابن مفقود وبنت وزوج، للزوج الربع بكل حال، وحكم الأَسير المنقطع خبره كحكم المفقود إذامات وله قريب حاضر ، وكذلك الولد المحتاج إلى القائف إن مات وقف نصيب أَبيه ، وإِن مات أَحد ممن يدعيه وقف نصيب الموجود وأَخذ فى كل ما يرث بأَسوءِ الأَحوال ، وكذلك يوقف نصيب الحَمْل ، فإِن لم يكن له وارث سوى الحَمْل وقف الجميع ، وإِن كان له وارث نظر فى الظاهرين من الورثة ، فمن يحجبه الحمل إذا انفصل حياً مطلقاً كولد الأُم ، أَو على تقدير الذكورة كالأَخ لم يعط شيئاً أَولا يَحْجُبه وله نصيب مُقَدَّر ، لا ينقص أَعطى ، وإِن نقص أَعطى المنتقص ، كما لو خَلَّف زوجة حاملا وأَبوين فإِنهما يعطيان سدسين عائلين والزوجة ثمناً عائلا بالتقدير أَن الحمل بنتان ، ومَنْ نَصيبُه غير مقدر لا يعطى شيئاً ، كما لو خلَّف امرأَة حامِلا وابناً فإِنه لا يعطى الابن شيئاً إِذْ لا ضبط لعدد الحَمْل ، وفى وجه اختاره فى الوجيز أَكثره أَربعة فى الغالب فيعطى الخمسة ، وكذلك إذا مات موروث الخنثى ، واختلف فى الإِرث ، بذكورته وأُنوثته عمل بأَسوءِ الأَحوال .

وقــوله : (وإِنْ زادَتْ أَجْزاءُ الْفُروضِ أُعِيلَتْ ، فإلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة نعول ستة ، وإلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر ، اثنا عشر ، وإلى سبعة وعشرين أَربعة وعشرون) .

أَى : وإن زاد أَجزاء الفروض على أَجزاءِ مخارجها ، أُعيلت المسأَلة ، فإن كانت من ستة كزوج وأُختين لأَبوين ، أَو لأَب للزوج النصف ثلاثة وللأُختين منها أَربعة فنقول إلى سبعة ، فإن كانت مع هؤلاءِ أَم عالت إلى ثمانية ، وإن كانت مع الزوج والأُختين أُختان لأُم عالت إلى تسعة ، فإن كانت مع هؤلاءِ أُم عالت إلى عشرة ، فلستة أَربع عوالات .

وإن كان أَصل المسأَلة اثنا عشر ، كزوجة وأُم وأُختين لأَب ، للأُختين ثمانية وللزوجة ثلاثة ، وللأُم اثنان ، فتعول إلى ثلاثة عشر ، فإن كان مع الزوجة وأُختين لأَب وأُختان لأُم عالت إلى خمسة عشر ، وإن كان مع هؤلاءِ أُم عالت إلى سبعة عشر ، للأُنثى عشرة ثلاث عولات كما ترى ، وإن كان أَصلها أَربعة وعشرين ، كزوجة وبنتين وأَبوين تكون للزوجة ثلاثة ، وللبنتَيْن ستة عشر ، ولكل واحد من الأَبوين أَربعة ، فتعول إلى سبعة وعشرين ، وليس لها إلاَّ عَوْل واحد ، ولا عول لسائر الأُصول من الاثنين والثلاثة والأَربعة والثمانية .

الوصية

وقوله : (باب[1] تصح وصية حُرٍّ مكلف لجهة حِلٍّ ولموجود وشرط تعيينه ، لا فى أعطوا ، يملك عند موت موص كعبد عتق ، وإلا فلمالكه كدابة أن قصد علفها ، فتعلف وإن بيعت) .

أى : اعلم أن الوصية ، مستحبة[2] ، وهى التبرع بما لا ينجز إلا بعد الموت والمنجز أفضل ، وقيل لا تستحب الوصية لمن قَلَّ ماله ، والصحيح الأول ، ولا تصح إلا من حُرٍّ مكلف ، فلا تصح من رقيق ومكاتب ولو عتيقاً قبل الموت ، وقيل تصح إن عتق ، ولا تصح من مجنون ومبرسم وصبى ، وفى المميز وجهٌ ، وتصح من المحجور عليه بالسفه لأنه مكلف ولاحظ له فى بطلانها ، ثم الوصية إن كانت لجهة عامة اشترط فيه أن لا تكون جهة معصية ، فتصبح لنحو الفقراء والعلماء وعمارة قبور الأنبياء والصالحين ، فلو أوصى مسلم أو كافر بعمارة كنيسة أو كتب توراة أو إنجيل لم تصح ، ولو أوصى بدار

---

(١) أى فى الوصية الشاملة للإيصاء ، وهى لغة الإيصال وشرعاً – لابمعنى الإيصاء – تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ، ولا تعليق عتق بصفة – وإن ألحقا بها حكماً – كالتبرع المنجز فى مرض الموت أو الملحق به ، وهى سنة مؤكدة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ماحق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ص ٣٣ حـ٦ نيل الأوطار عن الجماعة ، أى ما الحزم أو ما المعروف من الأخلاق ، فقد يفجأه الموت ، وتجب إن كان عليه حق ، ولو لم يوص به لضاع ، على مستحقه بتقدير إنكار الوارث ، وتكره بزيادة على الثلث ، وتحرم إن كان فيها تضييع عياله وإن نقص عن الثلث أو زادت عليه ، وقصد حرمان ورثته على مابحثه الأذرعى وأركانها أربعة : موص ، وموصى له ، وبه ، وصيغته ، وشرط فى الموصى تكليف وحرية واختيار ، /ف .

(٢) والأصل فيها قبل الإجماع آيات من القرآن الكريم فى أربعة مواضع منه من المواريث : يقول « من بعد وصية يوصى بها أو دين » آية ١٢ من سورة النساء ، وأخبار كخبر ابن ماجه « المحروم من حرم الوصية » وقوله : « من مات على وصية مات على سبيل وسنة وتقى وشهادة ومات مغفوراً له » ص ١٦٦ جـ ٤ الترغيب . وكانت أول الإسلام واجبة للوالدين والأقربين بكل المال ، ثم نسخ وجوبها بآيات المواريث ، وبقى استحبابها بالثلث فأقل لغير وارث ، /م .

تصرف عليها إلى أهل الذمة ، أو ببناء رباط لهم جاز وإنْ كانت للخاصة اشترط أن يكون موجوداً حال الوصية ، وأن يكون مُعَيَّناً ، وأن يكون أهلا للملك عند موت الموصى ، فلا تصح لحمل سيولد على الأصح ، ولا لأحد الشخصين ، ويشترط التعيين حيث يكون لفظ أَوْصَيْت لفلان ، أما إذا قال أعطوا أحد الرجلين كذا ، فإنه يصح ، ذكره فى المهذب ، ونقله عَنْه فى الروضة وعن صاحب التهذيب . والفرق أن فى لفظ الوصية تمليك العين معينا وهذا وَصية بتمليك مُعَيَّن ، والتمليك من الموصى إليه ، لا يكون إلا لمعين ، ولو أوصى لحمل امرأة ، نظرت إن انفصل لأقل من ستة أشهر استحق ، وإن انفصل لأكثر من أربع سنين لم يستحق أو لما بينهما - وهى غير فراش - استحق على الأصح ، وإلا فإن انفصل ميتاً - ولو بجناية جان - لم يستحق شيئا ، ويشترط أن يكون الموصى له أهلا للتملك عند موت الموصى ، فلو أوصى لعبد فعتق قبل الموت صحت الوصية ، وإن عتق بَعْد موت الموصى فهى لسيده ، إن قبلها العبد ويشترط قبوله ، ولا يجزئ قبول سيده على الأصح وله القبول وإن منعه[1] [سيده على الأصح ، وإن أوصى لدابة ، لم يصح إلا إذا كان لها من يلزمه علفها ، ونوى صرفه فى علفها فتكون] حينئذ وصية لمن يلزمه علفها ، ويتعين صَرفه فى العلف على الأصح ، ولو تصدق على رجل بدراهم ليكتسى بها لم يجز صرفها فى غير الكسوة ، على الأصح ، ولو باع المال لِدَابَّة صُرِفَ فى علفها على الأصح ، هكذا صححه النووى ، واستشكل

(١) عبارة « سيده على الأصح . . . . إلى قوله فتكون » ساقطة من (أ) مع وجودها فى (ب) .

لأنا قلنا إن الوصية لمالكها فكيف تنتقل إلى ملك المشترى ، واشترط أَن يكون الموصى له معيَّناً ، ويتولى صرفه فى العلف القاضى إن لم يُعَين الموصى أخذاً وقوله فى الخاوى[1] : أَو لموجود معين إلى قوله وصُرِفَ ، فيه أمران :

أَحدهما : قوله معين يرد عليه ، ما إذا قال : أَعْطُوا العبد أَحد الرجلين فإنه يصح ، ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : قوله وجاز شرط فى علفها ، فاقتضى أَنه لابد من صيغة الشرط : وليس كذلك بل إذا قصد ذلك كفى. قال فى الروضة بعد ذكر الوصية للدابة ولو فسر بصرفه فى علفها صحت لأَن علفها على مالكها فالقصد بهذه الوصية .

وقوله : (ولِمَسْجِدٍ وحَرْبِىٍّ ومرتد وقاتل ، ولوارث ، بإِجازة بعد موت كزائدٍ لدَيه عن ثُلُثٍ ولو بعين كحصته وبقدْرِها لَغْوٌ ، وبوارث مريض ، ابْتِيَاع منه بقيمة) .

أَى : وتصح الوصية للمَسْجِد مطلقاً وفى وجه لابد أَن يشترط الصرف فى مصالحه ، وتصح للحربى لأَنه يملك ، والمرتد كما للحربى وقيل لا ، كإِرثهما والأَصح الصحة .

وتصح الوصية للقاتل على الأَصح سواء أَوصى له بعد أَن جرح .

---

(١) وفى ح « أو لموجود معين أهل للملك عند موته كعبد عتق ودابة شرط صرفه فى علفها وصرف » .

أَو لرجل فقتله ، وتصح للوارث موقوفة على إجازة الورثة بعد موت الموصى وقيل لا تصِحُّ ، فإن نقلُوا فهو غبطة منهم ، والأَصح خلافه ، وكذلك يصح بالزائد على الثلث اعتباراً بالثلث لدى موت الموصى لا عند الوصية على الأَصح ، فإن كان وارثُه المسلمين لم يكن للإمام أَن يجبر على الأَصح فلو أَجاز وارثه فى حياة الموصِى فلهم الرَّد بعد موته إذْ العبرة بها بعد الموت .

ولو أَوصى لوارث بعين هى قدر نصيبه فلابد من الإجازة ، كما لو خلف ثلاثة بنين ، وفى التركة ثوب هو ثلث ماله ، فأَوْصى لأَحدهم بالثوب ، فلابد من الإجازة فلو أَوصى لكل واحد منهم بقدر حصته من ماله ، بأَن أَوْصى لكل واحد من الثلاثة بثلث ماله لغت الوصية لأَنه يستحق ذلك بالميراث ، وقيل يصح بأَخذه ، وتظهر الفائدة فيما إذا ظهر دَيْن ، فإن قلنا يأْخُذُ وصية وجب بيعه ، فإن قلنا يَأْخُذُ إرثاً فله إمساكه والقضاء من غيره .

ولو باع ماله فى المرض من الوارث بلا محاباة صح البيع فى الجميع من غير وقف على الإجازة ، إذْ لا تبرع .

وقوله : (بمقصود[1] بنقل لا قصاص وحد قذف ، وإن أُبْهم ،

---

(١) شروع فى شروط الموصى به ، فلابد أن يكون مقصوداً فلا تصح بما لايقصد كالدم والنجس ونحوه مما لا نفع فيه وكونه يقبل النقل من شخص إلى شخص فما لا يقبل النقل كالمستولدة والقصاص وحد القذف كما قال المؤلف لاتصح الوصية به لأن مستحقها لايملك نقلها ببيع ونحوه ، وإن كانت تنتقل بالإرث ، /هـ .

كأَحَد ذَيْن ، وبِحَمْلٍ ومِلْكٍ يَحْدثُ ومَنْفَعة ومُحَرّم صلح باسمه لمباح .

أي : وتصح الوصية بما يقصد الانتفاع به من مال وغيره ، ويشترط أن يكون مما ينقل الملك فيه فلا تصح الوصية بالمستولدة ، ولا بالحقوق التي لا تنقل كالقصاص وحَدِّ القذف ، وإن كان ينقل بالإرث ، لكن مستحقها لا يمكنه نقلها ، ولا بالحقوق للمال كالخيار والشفعة ، وتصح الوصية بالمبهم كأَحد هؤلاء العبيد ، وبالمجهول كحمل دابة وأمة ، وبكل حمل تحمله هذه الدابة ، وبمنفعة العبد والدار ونحوها وكذا مجهول أو معدوم ، وإنما جاز لأن الوصية جُوِّزَتْ رفقاً بالناس فاحتمل فيها الضرر ، وإن كان أَوصى بمال الغير ، نظرت فإن أَطلق الوصية ثم ملكه لم تنعقد الوصية وإن قال أَوصيت به لك إن ملكته ، عقدت على الأَصح فيهما ، وقد سَوَّى بينهما في الروضة ، وصحح الانعقاد فيهما وجزم الرافعي في باب الكتابة ببطلانها في الأُولى ، وهو الموافق للنّص كما ذكره صاحب المهمات وتصح بالمحرَّم ، إذا كان يمكن الانتفاع به مع بقاء اسمه في مباح ، وسواء احتاج إلى تغْيير ، أم لا ، وإذا أَوصى له بطبل لهو ، وصلح للحرب صحت الوصية ، وطبل اللهو كالذى يضرب المخنثون به وواسع الطرفين ضيق الوسط ، فإن قال : أَعطوه طبلا حمل على المباح ، لا إن قال من طبولي وليس فيها إلا طبول اللهو ، وإن كان المُحرَّم لا ينتفع به ، ولا يعد زوال اسمه بطلت فيه ، وإن كان من ذهب أَو فضة .

وقــوله : (وكذا زِبْلٌ وخَمْرٌ مُحْتَرَمَةٌ ، وكَلْبٌ نَافِعٌ ، إنْ كانَتْ له ، ونَفَذَ فيها إنْ ملك متمولا ، لم يوص بثلثه ، وإلا فنى ثلثها وفى مختلف بفرض قيمة) .

أى : وكذا الوصية تصح بكل نجس يحل الانتفاع به كالزبل ، بل ننتفع به فى الأرض ، والزيت النجس لأنه يستصبح به وبشَحْم الميتة ، إذ يجوز دهن السفن به ، وتجوز الوصية بجلد الميتة والخمر المحترمة[1] والكلب الذى ينتفع به فى الصيد وللماشية أو للزرع ، لأنها يثبت فيها الاختصاص ، ويصح نقلها من بلد إلى بلد ، بخلاف الخمر والخنزير والكلب العقور إنما تصح فيها الوصية إذا كان تحت يده وإلا بطلت ؛ لأنها لا تشترى بخلاف ما إذا أوصى له بعبد ولا عبد له فإنه يشترى ، فإذا أوصى بشىء معه من هذه المذكورات وكان له مال ، وإن قل نفذ فى جميعها ، وإن لم يكن أوكان أوصى بثلثه معها . فنى ثلثها ، وإن لم يكن له مال وله كلب فقط فإن أوصى به نفذ فى ثلثه ، وإن كان له كلاب ، وأوصى بها فالأصح أنّه ينفذ فى ثلثها بالْعَدِّ ، وقيل بفرض القيمة ، فإن اختلفت أجناسها ، فإن خلف كلباً وخمراً محترمة وزبلا ، وقد أوصى بها أخذ الثلث بفرض القيمة ، فيقدر فيها المالية ، كما يقدر الحر عبداً أو يُقوَّمَ ، وقوله فى الحاوى[1]: المقصود إلى قوله ونفذ كله ، إن ملك متمولا ، فيه أمور :

---

(١) بأن عصرت بقصد الخلية أى لتكون خلا فصارت خمراً ، فيمسكها حتى تنقلب خلا ، ولذا قيل أنها محترمة وغير المحترمة ماعصرت بقصد الخمرية ويجب إراقتها /م .

أَحدِها قوله : كحَمْل يُوجَد اقتصر عليه ، والأَصح أَنه أَيضاً بملك يوجد كما إذا أَوصى له بهذا العبد إن ملكه ، وقد بيناه .

الثانى قوله : وطَبْل لهو يصلح بمباح ، لم يشترط بقاء الاسم والأَصح اشتراطه فإن رَضى من طبْلِ اللهو ونحوه يصلح بمباح ، والأَصح أَنه لا تصِح الوصية به .

الثالث قوله : إن كان له ، يوهم اختصاصه بالكلب ، وهو عام له وللزبل والخمر المحترمة دون الطبل وما قبله .

الرابع قوله : ويعتبر الثلث بفرض القيمة ، والأَصح ما قدمناه من أَنه عند الاتفاق ، ويعتبر الثلث بالعدد .

الخامس قوله : الوصية بالكلاب ونفذ كله إن ملك متمولا ، هذا إذا لم يوص بثلث المتمول ، فإن أَوصى بثلثه فالأَصح أَنه لا ينفذ فى الكل بل فى الثلث .

وقوله : (وما فوّته معلقاً بموت ، أَو فى مرضه ، من مِلْكٍ مجَّاناً ، أَو يَدٍ فمن الثلث) .

أَى : أَراد بهذا ضبط التبرع المحسوب من الثلث يدخل فيه المال والمنفعة ، لأَن المنفعة مملوكة يصح الاعتياض عنها ، وإنما يُحْسب

---

(١) وفى ح « بمقصود ينقل القصاص وحد القذف وإن أبهم كحمل يوجد ومنفعة وطبل لهو يصلح لمباح وزبل وخمر محترمة وكلب صيد وزرع وماشية إن كان له ويعتبر الثلث بفرض القيمة ونفذ كله إن ملك متمولا » .

التفويت للملك من الثلث إذا كان مجاناً ، أما إذا فوّت ملكه ببيع أَو إجارة بعوض المثل فإنه يعتبر من رأْس المال ، سواء كانت المعاوضة لوارث أَو غيره ، وإن عاوض لمحاباة فوق ما يتغابن بمثله فالقدر المحاباة يفوت مجانا ، أَو بِعوض المثل فإنه يحسب من الثلث ، وتفوّتها يكون فيما لا يتمول كجلد الميتة ، وفيما يتمول كما إذا باع المريض مؤجلا ثم مات قبل الحلول ، فإن لم يخرج المبيع من الثلث فللوارث رد المبيع فيما زاد على الثلث لما فيه من تفويت اليد على الوارث ، وللمشترى الخيار لتبعيض الصفقة .

واعلم أَن التفويت مجاناً إنما يعتبر من الثلث إذا كان مُعَلَّقاً بالموت ، وإذا حصل فى مرض الموت بأَن تُصْرَفْ وهو مريض ، وكذا إذا علق عتق العبد بدخول الدار فدخل وهو مريض على الأَصح .

والتعليق بالموت سواء حصل فى الصحة أَو المرض فحكمه واحد ، فإن حصل التفويت فى غيرها كما إذا قال : إن مت فَجْأَةً فعَبْدى حر قبل موتى بيوم وإن مِتُّ فعبدى حُرٌّ قبل مرض موتى بيوم ، فإنه يُنَفَّذُ من رأْس المال ، قال الرافعى : فى التدبير وفى الوصية أَيضاً .

واعلم أَنه قد سبق فى أَول الفرائض أَن الوصية إنما تنفذ فيما بقى بعد قضاءِ الدين فأَغنى عن ذكر هذا الشرط ، هنا ، وقوله فى الحاوى[1] : وتفويت المال المملوك ، أَو اليد مجاناً بلا استحقاق

---

(١) وفى ح « وتفويت المال المملوك أو اليدمجاناً بلا استحقاق مضافاً إلى الموت أو فى مرضه منجزاً أو مضافاً من الثلث غرم المنهب المتاف الزائد » .

مضافاً إلى الموت أو فى مرضه منجزاً أو مضافاً من الثلث بعد الدين ، فيه أمور :

أحدها قوله : وتفويت المال المملوك لا تدْخُل فيه المنفعة وحكمها[1] واحد كما علمت إذا أعاره داره فى مرض موته ، فالمنفعة محسوبة من الثلث واسم المال لا يتناولها ، كما علم من باب اليمين . فلو قال : وتفويت المالك لكان أعم وأخصر .

الثانى : قوله أو اليد مجانا ، يقتضى أن تفويت اليد إذا كان بعوض لا يُحْسَب من الثلث وليس كذلك أن تفويت اليد فيما لا يعتاض عنه كالكلب والزبل ، وقد يكون فيما يعتاض عنه كمن باع فى المرض بثمن مؤجل ومات قبل الحلول فإن، المبيع لم يخرج من الثلث نفذ البيع فى قدر الثلث منه سواء باع بثمن المثل أو أكثر أو أقل ، على أنه قد ذكر ما أهمله فى الحد بعده .

الثالث : قوله بلا استحقاق وكلاهما مستغنى عنه .

الرابع : أن القونوى لما اعترض عليه بأن المنافع لا تدخل فى المال المملوك ، قال : اللهم إلا أنْ يقال أن ثُبُوت اليد على العين كثبوتها على منافعها ، ولذلك جعل قَبْضهَا قَبْضاً للمنافع . قلت وإن قبل بذلك فهو مدخول أيضاً لأن تفويت اليد لا يشترط فيه أن يكون مجاناً ، وهو لم يُفَوِّتْ فى اليد إلا إذا كانت مجاناً ، بل لو فوت اليد فى المال

---

(١) فى (ب) « وحكمها » بالتثنية للمال والمنفعة لاشتراكها فى الحكم المذكور /م .

والمنفعة بأكثر من عوض المثل حسب من الثلث ، فلو أَجَّر داره مدة ، بقيت بعد موته بأكثر من عوض المثل مؤجلا ، اعتبرت من الثلث كما لو باع ماله مؤجلا ، فعلمت أن تفويت المنافع بعوض غير داخل فى تفويت المال فى اليد .

وقوله : (وَضمِن مازادَ مُتَّهِبٌ أَتْلَفَ ، وَنَفَذَ إنْ ظَهرَ له مال) .

أى وإذا وهب فى مرض موته وَأَقْبَضَ فمَا زاد على الثلث أمانة فى يده على الأصح ، لأنه دخل على أَلاَّ يضمن ، لكن إنْ أَتْلَفَهُ ضمن . ذكره فى العزيز والروضة فى الطريق الرابع فى المسائل الدورية ، فإن ظهر للميت مال وقد حكمنا برد الزائد أبطلنا الحكم ونفذنا الوصية.

وقوله : (فمن ثُلُثِه تدْبِيرٌ وكتابةٌ ، وَإعَارَةٌ ، وَإقبَاضُ هبةٍ ، وَعِتْقُ مُكفّرٍ ، خيرٌ إنْ أَوْصى به ووفَّى وإلا عدل عنه) .

أى : ومما يعتبر من التلف التدبير سواء كان فى الصحة أو فى المرض ، لأنه معلق بالموت والكتابة إذا كانت فى المرض تعتبر من الثلث وإن كان بأكثر من قيمته ، لأنه يستفيد ملكه من ملكه فهو على الحقيقة تفويت مجاناً ، وإن كاتبه فى الصحة وسلم النجم فى المرض ، لم يعتبر من الثلث ؛ لأنَّه كالخارج من ملكه ، وكذلك الإعارة ، وقد سبق المنافع فيها معتبرة من الثلث .

ولو وهب فى الصحة مالاً وأقبضه إيَّاه فى المرض ، اعتبر من الثلث ، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، وكذلك إذا أوصى من عليه كفَّارَة وهو

مخير فيها ككفارة اليمين بأَن يعتق عنها. وقد قيل أَن التفاوت الذى بين الأَقل من الطعام والكسوة ، وبين العتق معتبرة من الثلث وهو مُسَلَّمْ قطع به فى الحاوى ، والذى صححه الرافعى فى كتاب الأَيمان أَن جميع الرقبة يعتبر من الثلث وتابعه النووى فى الروضة على ذلك وحكاه عن النص ، فإن لم يف به الثلث عدل عنه إلى الإطعام أَو الكسوة.

وقوله : (والأَقل من نجوم ، وقيمةٍ فى مكاتب فى صحة أُبْرِىءَ لمرض ، وثمن من عتق عليه بابتياع لا بغير عوض وقيمة سراية ، ومحاباة ، لا فى قراض ولا أَجْرُ عَيْنِه) .

أَى إذا كاتب السيد عبده فى الصحة ثم أَعتقه فى حال المرض ووضع عنه النجوم فعتق أَو وصى وعتقه ، فالذى فوته على الورثة يعتبر من الثلث ، وهو الأَقل من قيمة العبد وما بقى عليه من النجوم لأَنه إن كانت القيمة أَقل فربما يعجز نفسه فلا يتبقى للورثة إلا القيمة ، فإن كانت النجوم أَقل فليس لهم إلا ذلك ؛ لأَن الزائد تبرع به السيد فى الصحة فلا اعتراض لهم عليه .

وإذا اشترى المريض من يَعْتِق عليه من أُصوله وفروعه حسب الثمن من الثلث ، فلا تحسب القيمة ؛ لأَنه لم يفوت إلا الثمن ، أَما من يعتق عليه بغير عوض كمن ملك بالإرث والهبة والوصية سواء قبضها هو أَو الوارث ؛ فإنه لا يحسب من الثلث ، لأَنَّه لم يفوت عليهم شيئاً ، فإن اشترى أَو وهب له أَو وصى له بالشقص من يعتق عليه فعتق عليه وسرى إلى الباقى ، لزمه قيمة ما سرى إليه ؛ لأَنه فوته باختياره

وتملكه وحسب من الثلث ، وإن ورث الشقص لم يسر العتق إليه لأنه لم يَخْتر تملكه بل ملكه قهراً ، وكذلك قيمة المحاباة الزائدة ، على ما يتغابن به يعتبر من الثلث ، فإن كانت المحاباة فى القراض بأن شرط له أكثر من أجرة عمله لم يُحْسَب من الثلث ، لأنه لم يفوّت مالا حاصلا بخلافه فى المساقاة ، لأن الثمرة كالحاصلة لأنها تحصل بنفسها فى وقت معلوم ، وكذلك لو أجّر نفسه بأقل من أجرة المثْل لم يحسب من الثلث ، لأنه امتناع من التحصيل لا تفويت للحاصل بخلاف إجارة أمواله وما يلزم ذمّته من إجارة ، وقوله فى الحاوى[1] : وسرى قدر نقص الثمن وسرايته لا إرْثُهُ واتهابه وقبوله ، والوارث وصية استثنى من شراءِ البعض ، وسرايته ، ما إذا دخل فى ملكه باتهاب الوصية فإنه لا يحسب من الثلث وهو صحيح فى اتّهابه البعض لا فى سرايته .

وقــوله : (وهى فى النكاح تبرع على وارث ، وحيث لا إرث[2] ، فهى منه لا منها من الثلث وقيمة مؤجل ولو بغبطة ، إن مات ولم يحل) .

أى والمحاباة فى النكاح تبرع على الوارث ، فإن تزوج المريض بأكثر من مهر المثل فقدر مهر المثل من رأس المال ؛ لأنه فى مقابلة عوض والزائد عليه محاباة للزوجة وهى وارثة وكذلك إذا تزوجت المريضة رجلا بدون مهر المثل فهى محابية له فيما حَطَّتْهُ من مهرها

---

(١) وفى ح « وسرى بعض قدر الثمن وسرايته لا إرثه واتهابه وقبوله أو الوارث وصيته والمحاباه وفى النكاح تبرع على الوارث » .

(٢) وحيث لا إرث بينهما لنحو تخالف دين ، أو تقدم موت الموصى له كما مثل الشارع بالزوجة الذمية والزوج المسلم /م

فلوارثها رَدُّ المحاباة ومعاملته بمهر المثل ، فإن لم تكن المحاباة منهما وارثاً فإن كان هو الزوجة وقد باتت أو كانت ذمّية فالمحاباة من الثلث ، وإن كان المحابي هو الزوج وهو غير وارث بأن مات قبلها أو كان مسلماً وهي ذِمّية أو كان عبداً لم يكمل مهر المثل ولم يعتبر النقص من الثلث ، لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده هكذا ، ذكره الرافعي والنووي ونسبه إلى الجمهور ، وقد اعترض صاحب المصباح[1] على الرافعي ، وقال : هذا التعليل يقضي بالمساواة ، بين أن تكون الزوجة وارثاً أو غير وارث ولهذا لم يفرق الغزالي ، قال : وغاية ما في الباب أن يقال حصة المرأة وارثاً باختيار ليس فيه تفويت مال ، انتهى . وهذا ظاهر ، فهو كما يؤخذ منه بلا أجرة ، والذي نقله في الروضة عن الجمهور ونقله في الجواهر[2] عن الإمام والقاضي[3] أنه يعتبر من الثلث مطلقاً ، وكذلك يعتبر قيمة المؤجل بَعْدَ الموت من الثلث كما سبق بيانه قريباً ، وإن كان البيع بغبطة مما فيه من تفويت اليد على الورثة .

وقـوله : (وقُدّمَ مارتّب بتنجيز ، أو شرط ، وإلا قُسِّط ، لا عِتْقٌ ، بل يُقْرَع ولو لثلاثة ، اعتق بعض كل لا بعده ، فلو مات واحد وخرجت

---

(١) الشيخ الإمام ضياء الدين عبد العزيز بن محمد الطوسي الشافعي المتوفى سنة ٧٠٦ ست وسبعمائة شرح الحاوي الصغير للقزويني الذي هو أصل الإرشاد . / ٣ كشف الظنون .

(٢) الجواهر . مختصر البحر المحيط شرح الوسيط اختصره الشيخ نجم الدين أبو العباس احمد بن محمد القمولي المتوفى سنة ٧٧٧ سبع وسبعين وسبعمائة . بشرح الوسيط للغزالي وسماه « البحر المحيط » ثم لخص هذا الشرح وسماه « جواهر البحر » ثم لخص هذا التلخيص سراج الدين عمران بن محمد اليمني المتوفى سنة ٨٨٧ هـ وسماه « جواهر الجواهر » ج ٢ /٢٠٠٨ كشف الظنون .

(٣) القاضي أبو الطيب الطبري صاحب التعليقة راجع ص ١٧٠ الربع الأول .

له عتق ، وَرَقًا ، أَو لحَيٍّ فَثُلُثَاه[1] ، وَكُلُّهُ إن ضمِنَ الوارثُ الميتَ).

أَى هذه التبرعات المحسوبة من الثلث لا يخلو إما أَن تكون كلها منجزة ، أَو معلقة بالموت ، أَو من النوعين ، فإن كانت كلها منجزة ، نظرت ، فإن كانت مرتبة ، كأَن أَبْرَأَ ثم وهب ثم أَعتق ، قدم الأَول فالأَول لأَنه تصرف فيما يملك حتى يستكمل الثلث ، ثم يبقى باقى تصرفه موقوفاً على الإجازة ، وإن لم تكن مرتبة ، كأَن وهب لجماعة ، أَو أَعتق جماعة مرة واحدة لم يتقدم أَحد على أَحد بل يقسم بينهم فى غير العتق ، وفى العتق يقرع بينهم فمن خرجت قرعته عتق ، وإنما لم يقسط العتق للحديث[2] أن رجلا أَعتق ستة لا يملك غيرهم فجَزَّأَهُمْ الرسول صلى الله عليه وسلم أَثلاثاً ثم أَقرع بينهم ، فأَرق أَربعة وأَعتق اثنين » ولأَن المقصود التخلص من الرق ولا يخلص تشقيص ، وأَما المعلقة بالموت فإن شرَط الترتيب بينهم بأَن قال : أَعطوا فلاناً كذا ، ثم فلاناً بعده اتبع الشرط ، وإن لم يشترط بل قال : أَعطوا فلاناً وأَعطوا فلاناً فلا يُقَدَّم أَحدٌ بتقديم وصية ، بل يقسط حتى لا يقدم العتق المعلق بالموت على الموصى بإعتاقه على الصحيح لأَن وقت الاستحقاق واحد ، ولا يقدم العتق على غيره ، وفى قول فيما علق بالموت غير مرتب ، ولو كان مال المريض ثلاثة أَعبد قيمتهم

---

(١) يعتقان – أى الثلثان – فقط ، وكان الحيين كل تركته ، وإن خرجت بالرق على الميت لم يحسب على الوارث لأن قصده المال ولم يصل إليه ، والمعتق قصده الثواب ، وقد حصل بإعتاق الميت ، ثم يقرع بين الحيين ، ثانياً فمن قرع عتق ثلثاه هنا أيضاً / ف .

(٢) هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخارى عن عمران بن حصين بلفظ « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » ورواه أحمد وأبو داود عن أبى زيد الأنصارى ، ص ٤٢ ج ٦ نيل الأوطار .

سواءٌ ، فأَعتقهم أَو أَعتق من كل واحد بعضه أَقرع بينهم لأَن ضرورة العتق السراية فكأَنه أَعتقهم كلهم فيقرع بينهم ، أَما لو أَعتق بعض كل بعد موته بتدبير ، أَو إِيصاء فلا يقرع بل يعتق من كل ثلثه على الصحيح إِذْ لا سرايةَ بعد الموت ولو مات أَحد الثلاثة الذين أَعتقهم فى مرض موته أُدْخِلَ فى القرعة ، فإِن خرجت للميت عتق ورقَّ الآخران بل تبين عتقه ، وحسب على الميت لأَن قصده الثواب وقد حصل بعتقه ، وإِن خرج العتق لأَحد الْحَيَيْن لم يعتق إِلا ثلثاه لأَنا لا نحسب على الورثة إِلا ما يصير إِليهم ، نعم إِن كان الميت قد دخل فى ضمان الورثة بامتداد أَيديهم إِليه حسب عليهم وعتق الحى كله .

وقوله : (وإِن عَلَّق عِتْقَ سالمٍ بغانم قُدِّمَ غانم) .

أَى إِذا قال المريض إِنْ أَعتقت غانماً فسالم حر ، ثم أَعتق غانماً فى مرضه قدم غانم ، فإِن اتسع الثلث له ولسالم وبعضه عتق منه ما اتسع له وإِلا رَقَّ ، لأَنه لو أَقرع بينهما ربماخرجت القرعة بسالم فرق غانم ، فإِذا رَقَّ لم يحصل الشرط فيؤدى إِلى حصول المشروط دون الشرط .

وقوله : (ومُكِّنَ مما مُكنَ الوارث ضِعْفَهُ) .

أَى إِذا أَوصى بعين لرجل أَو وهبها له فى المرض ، لا يمكَّن منها إِلا أَنْ يحصل للوارث ضِعْفهَا لو كانت العين حاضرة والمال على غائب لم يمكن من التصرف فيها ولا فى ثلثها على الأَصح ، لأَن

الورثة لم يتصرفوا فى ضِعْفِهِ ، وإذا حضر من المال نصفه مثلا وهى ثلث المال لم يتصرف إلا فى نصفها .

وقوله : (ومنع غير ثلثه ، فى مرض مخوف كَقَوْلِنْج ، وذات جَنْبٍ ، ورُعَاف دام ، وإسهال تواتر ، وأول فالج والتحام قتال وأَسِيرُ كافر قتَّال ، وتقديم لقصاص ، ورجم ، وظهور طاعون ، وتموج بحر ، وطلق ، وبقاءِ مشيمةٍ ، وحُمَّى وِرْد وغِبٌّ وإطْبَاق) .

أَى ويمنع المريض من الزيادة على الثلث ، وهذا أَحد أَنواع الحجر ، اعلم أَنَّ المريض إذا بلغت روحه الحنجرة وكذا من قُطِعَ حلقومه ومريئُه ، أَو شق وخرجت حشوته ، لم يعتبر كلامه فى هذه الأَحوال ، لأَنه صار فى حَيِّز الأَموات ، أَو لم ينْتَهِ إلى ذلك ، لكن مرضه مخوف . منع من الزوائد على الثلث والمخوف كالْقَوْلُنْج وهو مرض يتعسر منه خروج الخارج فيتصعد بسببه البخار إلى الدماغ ، فيؤدى إلى الهلاك ، وذات الجنب وهو ورم يحدث فى داخل الجنب ، وأما الرعاف فأَوله غير مخوف فإذا دام فهو مخوف ، وكذلك الإسهال ليس بمخوف إلا إذا تواتر لأَنه يَشِفُّ الرطوبات ، أَول الفالج مخوف وسببه غلبة رطوبات البلغم فإذا هاج أَطفأ الحرارة الغريزية فأَهلك ، فإذا استمر لم يُخفْ مِنْه ، وكذلك التحام القتال مخوف وليس من الأَمراض لكن أُلحق بها وما فى معناه ، لاشتراكهما فى المخوف الموجب للحجر ، لأَن المرض لا يوجبه إلا إذا كان مخوفاً ، ولا يخفى أَن التحام القتال ، إنما يكون مخوفاً عليهما جميعا إذا تكافأ وتقارب التكافؤ ،

أما إذا كانت إحدى القبيلتين ضعيفة فالخوف عليها فقط ، ومن الأَحوال المخوفة الأَسْر إذا كان من كفار عادتهم قَتْلُ أَسير وكذلك التقديم للقصاص والرجم فى الزنا ، وكذا زمن الطاعون مخوف وإن لم تَظْهَر بالشخص العلة ، وكذلك تموج البحر عند اشتداد الرياح مخوف ، وحالة الطلق للولادة حتى تلد [وتَبقّى[1]] المشيمة مَخُوفُ ويزول بإخراجها ، وضُرٌّ بانَ شَدِيداً ، وموت الولد فى الجوف يوجب الخوف ، وكذلك حُمَّى الوِرْد وهى التى تأْتى كل يوم وحُمَّى الْغِبّ التى تأتى يوماً وتقلع يوما ، وكذلك الحمى المطبقة وهى التى لا تبرح .

وقوله : (لا رِبْع وسُلٍّ وجَرَبٍ ووجع ضرس وحمى يومين) .

أى ليس من الأَمراض المخوفة حُمَّى الربع لأَنها تأْتى يوماً وتقلع يومين ، فيأْخذ صاحبها القوة ، وكذلك السُّل ، وذكر فى الحاوى[2] أَن آخره مُخوف ، وقال الرافعى الأَشبه أَنه ليس بمخوف ، وتبعه النووى فى ذلك ووجهم أَن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فإنه لا يخاف منه الموت عاجلا ، فهو كالشيوخة ، ولا يخفى أَن الجرب ووجع الضرس ، وحُمَّى اليوم واليومين ليس بمخوف .

(وقوله : وإنْ خَفِىَ فَبَيِّنَةٌ عارِفةٌ[3] ، ونَفَذَ تَصرفُ مَنْ عَاشَ من مخوفٍ ، لا من مات بِضِدِّهِ ، إلا من غَيْرِه) .

---

(١) فى (ب) « وتبقى المشيمة مخوف ويزول بإخراجها » ، أى أنه عد من الأشياء المخيفة بقاء المشيمة – غشاء الحمل – بعد خروج الحمل . فإذا أوصت لاتزيد عن الثلث فهى كرض الموت وحالة الطلق وتعسر الولادة /م .

(٢) وفى ح « وأول الفالج وآخر السل والتحام القتال » .

(٣) يرجع إليها فيه وهى طبيبان عدلان شهادة ، لتعلق حق آدمى به وبه فارق نحو التيمم ولا دخل للنساء فيه ، إلا فى علة باطنة بامرأة لايطلع عليها الرجال ، غالباً ، ولو اختلفوا رجح الأعلم فالأكثر عدداً ، فمن يخبر أنه مخوف نقله ابن الرفعة عن الماوردى وأقره ؛ أو بعد موته صدق المتبرع عليه ، بيمينه ، أو فى عينه ، كأن قال الوارث حمى مطبقة والآخر وجع ضرس كفى غير طبيبين ، /ف .

أى وإذا خفِى كون المريض مخوفاً ، وهو مشاهد ، فأُشْكل ، أَو بعد الموت ، وادعى الموصَى له أَن المرض لم يكن له مخوفاً فإنه لا يثبت كونه مخوفاً ، إلا بشهادة شاهدين عارفَيْن بالمرض إلا فيما شوهد وأَشكل ، فأَهْل المعرفة فيه الأَطباءُ فيشترط كون الشاهدين طبيبين ، وأَما فيما أَنكره الموصى له لم يكن مشكلا ، فيشترط أَن يعرفا كون الحمى مطبقة ، وورد أَو نحو ذلك واكتفى بقوله : فبينة عارفة ، لأَنه لابد للبينة من العدالة ونحوها ، ولأَن البيّنة أَشمل من قوله فى الحاوى : ويُعْتمد طبيبَيْن أَهْلَىْ شهادة ، فإنه فى المرأَة قد يقبل رجل وامرأَتان أَو أَربع نسوة ، إذا كانت بحيث لا يطلع عليها الرجال غالباً ، فإذا تصرف فى مرض مثله فى الظاهر مخوف حجر عليه فيما زاد على الثلث ، ثم يتم الحجر بالموت ، سواء مات منه أَو من غيره بأَن قتل أَو غرق ، وإن عاش تبينا أَنه غير مخوف ونفذنا تصرفه ، فإن مات تَبَيَّنا أَنه كان مخوفاً ، وأَن تصرفه فى الزائد على الزائد غير صحيح ، وإن مات بغيره بأن قتل أَو كان مريضاً لا يحال بالموت عليه كوجع الضرس فالتصرف نافذ ، والموت محال به على الفجأَة ، وقوله فى الحاوى [1]: ويعتمد طبيبَيْن إلى قوله : لا فجأَة فيه أَمران :

أَحدهما : أَنه لم يتبين فى أَى وقت يعتمد الطبيبَيْن . والمراد عند الإشكال ، وأَما مسأَلة النزاع بين الموصَى له والوارث وقد يكتفى غير الطبيبين بأَن يختلفا فى كون مرضه وجع ضرس أَو حُمّى .

---

(١) وفى ح « ويعتمد طبيبين أهل الشهادة وإن صح بانت الصحة وإن لم يكن مخوفاً فمات لافجأة بان البطلان .

الثانى قوله : وإن لم يكن مخوفاً فمات لا فجأة إن الفجأة تعتبر بنفسها مع كل مرض غير مخوف ، ونحن لا نعتبرها إلا بالمرض فإن كان مرضاً لا يمكن منه الموت كوجع الضرس أَحَلْنَا الموت على الفَجْأَة ، وإن كان مرضاً يمكن الموت ، أَحلْنا بالموت فلو قال فمات لا من غيره ، كان أوضح وأعم .

وقوله : (بأَوْصَيْتُ[1] أَو ببَعْد مَوْتِى فى كأَعْطُوه ، أَو جَعَلْتُه له وبكتابةٍ كَعَيَّنْتُ وكِتَابَةٍ) .

وتصح الوصية بالإيجاب والقبول ، والصريح كأَوصيت له بكذا وإن لم يقل بعد موتى بخلاف غيره وكذلك نحو أَعطيت ، أَو أَعْطُوا زيداً كذا بعد موتى ، وملكته ووهبته أَو منحته وتصدقت عليه وجعلته له بعد موتى ، وكذلك هو لزيد بعد موتى ، والكناية التى تحتاج إلى النية كعَيَّنْتُ وميّزت هذا لزيد فإنه يحتمل أَنه عيَّنَه أو ميزه لغيره أَباه أَو لتملكه منافعه مطلقا أَو لتملكه عيْنَه وكذلك جعلت لزيد كذا من مالى ، وهذا لزيد من مالى من غير إضافة إلى الموت ويكون كناية ، وكذلك الكتابَة إذا كتب أَوْصَيْتُ لزيد بكذا ، وقوله فى الحاوى : بأَوصيت وأَعطوه وجعلته له من مالى ، والكناية والكتابة فيه أُمور :

أَحدها : أَنَّه حصر التصريح والكناية فيما ذكروا وليس بمنحصر فيه ولو قال : كأَعطوه ، وعينت يكفى .

---

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة ويشترط فيها لفظ يشعر بالإيجاب والقبول صريحاً كأوصيت وما أشبهه أو كتابة كعينت وميزت كما ذكر / م .

الثانى : أنه سّوى بين لفظ أَوصيت وغيره فى عدم الإِضافة إِلى الموت ، ولابد من الإِضافة ، لكن فى غير أَوصيت .

الثالث : أَنَّه جعل قوله أَعطوه وجعلته له من مالى صريحاً ولكن إذا قال : لرجل أَعط فلانا من مالى كذا ، ولم يقل بعد موتى كان وكيلا ينعزل بالموت ، وإذا قال : وهبت لفلان كذا من مالى واقتصر عليه كان هِبة ولم يكن كناية فى الوصية على الأَصح لأَنه صريح فى بابه ، وإذا قال : هذا لفلان فهو إقرار ، فإن قال من مالى فهو كناية على الوصية ، لأَنه لا يصلح إقراراً ، ذكره الرافعى والنووى لا يبعد أَن يكون جعلته له من مالى كذلك ، لأَنه ليس بصريح فى الهبة .

وقوله :(وقَبُولِ معينٍ محصور بعد موت موص ، كوصاية ، أَو وارثه إن مات بعده) .

أَى وتصح بـأَوصيت وبقبول ، فإذا أَوصى لزيدٍ أَو لأَولاد زيد صح واشترط القبول من الموصىَ له بعد موت الموصى فإن متّ قَبْلِى أَو رُدَّ قبل موته لغا ، وكذلك الموصى إليه لا يكون وصياً حتى يقبل الوصاية بعد موت الموصى ، فإن أَوصى لمعينيْن غير محصورَيْن ، كبنى هاشم والعلويين لم يشترط قبولهم كما إذا أَوصى لغير معينَيْن كالفقراءِ ، فإن مات الموصى له المعين نظرت ؛ فإن مات قبل الموصِى بطلت الوصية ، أَو بعده وقبل القبول قام وارثه مقامه فى القبول والرد ، ولم يقيد فى الحاوى [1] : المعين المحصور ، فيَرُد عليه الوصية

---

(١) ح « وقبول المعين بعد موت الموصى كالوصاية به ووارثه إن مات بعده كالعبد »

للعلويين ونحوهم فإنهم معينون غير محصورين ، ولا يشترط كما قاله : فى العزيز والروضة .

(وقوله : وقبول عبد ، ولو نَفْسَه ، عَطيَّةً لا عتقا ، ومَالِكِ دابةٍ ، وبان به الملك من الموت .

أى : وإذا أَوصى لعبد بمال اشترط قبول العبد ، ويصح بغير إذن السيد ، وكذلك إذا أَوصى السيد لعبده برقبته ، اشترط قبوله ، بخلاف ما إذا أوصى بعتقه ، فإن عتقه ينفذ من غير قبول لتأَكد حق الله تعالى فى العتق ، وكذلك الدابة ، إذا أَوصى لها وقد مضى حكم الوصية لها ، ويشترط أَن يقبل المالك ، وإذا قبل الوصية بعد الموت تبينا أَنه ملك بالموت ، فيأخذ فوائدها من حينئذ ولو أَوصى لزيد بأبيه وزوجته ، أَو لعبد بنفسه فقبل بعد الموت تبينا عتق الأَب عليه من يوم ملكه وهو بالموت ، وكذلك انفساخ الزوجة وفطرة العبد ونفقته .

(وقوله : ولا يرث من أُوصِيَ به لأَبيه فقبل وارثه ؛ ومن شهد بنسبه عتيق عمه ، من التركة ، ومن عتق من ثلث أَبيه) .

أَى : إذا وصى رجل برجل بأَبيه فمات الموصى له بعد الموصى وقبل أَن يقبل فقبل وارثه فابن الابن يعْتِق على الأَب ولا يرث سواء كان بحجب من حصل له القبول أَم لا ، لأَنه إن كان القابل أَخاً للميت وَرَّثْنَاه حجب الأَخ ، وإذا حجب بطل قبوله وإذا بطل بطل عِتْقُ الابن ، وما أَدى ثبوته إلى إبطاله فهو باطل . وإن كان ابناً ، فكذلك ، لأَنه لو ورث لأَخرجه عن كونه قابلا إلا فى النصف ،

ولا يمكن الموصى له أن يقبل النصف ؛ لأنه إنما يقبل إذا كان وارثاً وهو لا يرث إلا إذا كان كله عتقاً ، وكذلك إذا خلف الميت أخاً فورثه وأعتق من تركته عبدين ، فشهد العبدان ، بابن للميت ثبت نسبه ولا يرث ؛ لأنه إذا ورث حجب عمه فلم يرث ، فيبطل عتق العبدين وشهادتهما ، ويبطل النسَب ، ولو شهدا فى هذه الصورة نسب بنت وكان الأَخ موسراً يوم الإعتاق ورثت[1] النصف لأَن الأَخ يرث الباقى من العبدين ، فإذا أَعتقه سرى العتق إلى نصيب البنت على الفور فى القول الأَصح فتصح شهادتهما لكمال عتقهما ، وكذلك لا يرث من يعتق من الثلث ، فإذا اشترى فى مرضه من يعتق عليه بالملك عتق من الثلث ولم يرث ؛ لأَنه لَوْ وَرِث ، لكان اشتراؤه تبرعاً على الوارث ، والإرث والوصية لا يجتمعان هنا ، لأَن الشراء يوجب الملك ، والملك يوجب العتق ، والعتق يوجب الإرث ، والإرث يوجب التوقف على الإجازة ، والوقف يبطل العقد للعتق ، فيؤدى توريثه ، إلى إبْطال عتقه ، وإذا بطل العتق بطل الإرث وما أَدى ثبوته إلى إبطاله بطل .

وقوله :(وبطَبْلٍ لمباحٍ ، وعود للهوٍ أَو من عيدانى ، وخلت عنه ، فأَحَدُها ، وقوس بغير بندق وندف وفى مما معى لا يُشْترى ، ودخل بندق ثم ندف انفرد) .

شرع فى المسائل[2] ، فإذا قال : أَعطوه طَبْلا وأَطلق حمل على المباح

---

(١) أى ورثت البنت النصف ، وورث أخوه (عمها) الباقى فصار العم وارثاً /م .

(٢) شرط الموصى به أن يكون منتفعاً به انتفاعاً مباحاً شرعاً أى مقصودا شرعاً ، ولهذا فرع المسائل المذكورة /م .

فَيُعْطى طبل حرب . ونحوه إنْ كان معه ويُشْترى إن لم يكن معه طبول ، وإن قال : أَعطوه عوداً حُمِل على عود اللهو فتبطل الوصية ، وإن قال أَعطوه قوساً فالقوس أَنواع : العربية التى مِنْهَا النبل[1] والفارسية التى منها النشاب ، وقوس الخِسْبَان التى لها مجرى ينفذ فيها السهام ، وقوس الجلاهق وهو قوس البندق وقوس الندافين ، فإذا قال أَعطوه قوساً حمل على أَحد الثلاثة الأُولى ، لأَنها أَغْلب ، فإن لم يكن أَحدٌ اشْتُرِىَ أَحدُها ولو قال فى المسائل الثلاث ، من طبولى أَو من عيدانى أَو من قسِىِّ ، ومعه هؤلاء وغيرهم فكذلك يحمل على ما ذكرناه وإلى هذا أَشار بقوله مما معى ، فإن لم يكن معه إلا طبول لهو ولا تصلح للمباح حملت عليها للعربية. وبطلت الوصية وإلا أَعواد بناء ونحوه حملت عليها وصحت ، وكذلك إن لم يكن معه من أَنواع القسى الثلاثة شئ ، ومعه غيرها نظرت فإن كان معه جلاهق وقياس نَدْفٍ حمل على الجلاهق ، وإن لم يكن إلا قياس نَدْفٍ أَعطى منها واحدة ، وإن لم يكن معه شئ أَصْلا وقد أَضاف إلى ما معه بطلت وهو المفهوم من قوله لا يشترى ، فإذا لم يكن معه واحد منها وقد قلنا لا يشترى فمعلوم أَنها تبطل .

(وقوله : وتناول دابة ، فرساً وبغلاً وحماراً ، وثورٌ وجملٌ ، وحمارٌ وكلبٌ ذكراً وشاة ، وبَعِير غير عَنَاقٍ ، وفصيل ورقيقٌ الكلَّ)

أَى : وإذا أَوصى له دابة وهى فى اللغة اسم لما يدب على الأَرض ويطلق فى العرف على الواحد من الخيل والبغال والحمير سواء الذكر

---

(١) والجلاهق والندف وهو البندق عربية وأما قوس الحسبان والنشاب فهى فارسية /م .

والأُنثى الكبير والصغير ، فإذا قال : من دوابى والأَجناس معه أَعطاه الوارث ما شاء وإن لم تكن معه الأَجناس تعين ما معه ، وإن لم يكن شئ بطلت ، واسم الثور والجمل والحمار ، والكلب لا يقع إلا على الذكرِ ، فلا يتناول الثور البقرة ، ولا الجمل الناقة ، ولا الحمار الأَتان ، ولا الكلب الكلبة على الأَصح فإن قال : جمل من جمالى ، وليس له إلا نياق بطلت وصيته ، واسم الشاة يتناول الذكر والأُنثى من المعز والضأْن وكذلك البعير يتناول الناقة ، والجمل على الأَصح ، ولا يتناول اسم الشاة العناق والسخلة والجمل والفصيل ويتناول المعيب والسليم ، فى الكل ، وأَما الرقيق فيتناول الكل من العبد والأَمة والصغير والكبير ، والسليم والمعيب والخنثى المشكل .

وقوله : (وفقير مسكينا ، وعكسه ، ولهما بنصف ، كَلِحَمْلها ، وأَتَتْ بحَيَيْن ، وإلا فللحى) .

أَى : إذا أَوصى للفقراءِ فيصرف إليهم ، أَو إلى المساكين أَجزأَه ، وكذلك عكسه ، لأَن كلامنهما يطلق[1] عليه اسم الآخر هذا إذا أَوصى لأَحدهم أَما إذا أَوصى للفريقين معاً ، فلابُدّ أَن يعطى كل فريق النصف ، وإذا أَوصى لحمل فلانة فولدت واحداً أَخذ الكل أَو اثنين قسم بينهما نصفين أَو ثلاثة ، فإن ولدت حياً وميتاً أَو حياً وميتين أَخذ الكل الحى[2] ، فإن ولدت ميتاً فقط بطلت الوصية .

---

(١) أى إذا ذكر اسم الفقير وحده شمل المسكين وإذا ذكر المسكين وحده شمل الفقير ، وإذا ذكرا معاً كان لكل معناه وهذا معنى ماقاله العلماء إذا افترقا اجتمعا وإذا اجتمعا افترقا .

(٢) والقديم بقول يأخذ الحى فى الأولى النصف وفى الثانية الثلث والباق لوارث الموصى /هـ .

وقـوله : (وبأَحد أَرقائى وتلفوا ، بطلت لابتعد بعد موت ، وتعيَّن باقٍ قبله ، ومن عَيَّن وارثٌ بعده).

أى : وإذا أَوصى من له أَرقاء بأَحد منها فتلفوا ، فلايخلو أَن يكون فى حياة الموصى أَو بعد مماته ، فإن تلفوا وهو حَىٌّ بطلت سواء ماتوا أَو قتلوا وإن كان تلفهم بعد مماته ، نظرت ، فإن كان بآفة سماوية بطلت ، وإن كان بتَعدٍّ بأَن قتلوا أَو ماتوا فى يد غاصب لم تبطل ، بل ينتقل حق الموصى له إلى قيمة واحد يُعَيِّنُه الوارث هذا إذا كان بعد القبول وكذا قبله على الأَصح ، فإن تلفوا إلا واحداً نظرت ، فإن كان ذلك قبل موت الموصى تعيَّن للوصية ، وإن كان بعده وبعد القبول وكذا قبله على الأَصح ، عَيَّن الوارث من يشاء ، حتى لو مات واحد منهم عيّنه الوارث للوصية لزم الموصى له تجهيزه ، وقوله فى الحاوى : وبأَحَدِ أَرقائه وتلفوا ، بَطَلتْ وبعده ينتقل إلى القيمة ، وإن بقى واحد تعين فيه أَمران :

أَحدهما : وبعده إلى القيمة أى إذا تلفوا بعد موت الموصى وليس ذلك على إطلاقه بل ذلك إذا تلفوا تلفاً مضموناً ، وإلا فإذا ماتوا بطلت سواء كان قبل موت الموصى أَو بعده[1] .

الثانى : وإن بقى واحد تعين وليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان قبل موت الموصى ، فإن كان بعد موته لم يتعين إلا مَنْ عَيَّنُه الوارث ، حتى لو لم يمت إلا واحد وعَيَّنَه تَعيّن كما قدمناه .

---

(١) هذه الفقرة « الثانى وإن بقى واحد . . . » ساقطة من (أ) وفى هذا المكان من (ب) .

وقــوله : (وبـأَعتقْ رِقَاباً ، فثلاثة ، ونُقِصَ لعَجْز ، ولا يُبَعَّضُ بخلاف أَعتق) .

أى : إذا قال الموصى لوصيّة أَعتق رقاباً ، فهذه صيغة جمع ، وأَقله ثلاثة فإن اتسع لأَربع رقاب قليلة القيمة ولثلاث مُثْمَنه فالأَربع أَفضل فإن اقتصر على النفائس جاز ، وإن لم تسع الثلاث فله أَن ينقص ويأْخذ الممكن بعد الْحَذرِ من النقص فليتجنب التشقيص بأَخذ النفيس ونحوه ، فإن فضل شيء بعد ذلك بطلت فيه الوصية هذا إذا قال أَعتق أَرِقَّاء ورقاباً ، فأَما إذا قال : أَعتق عنى بثلثى أَو اصرفه فى العتق ولم يذكر الرقاب ، فإن عليه أَن يشترى بالفاضل بعض الرقبة ، الفرق ظاهر .

وقــوله : (والجيران أَربعون داراً من كل جهة) .

أى : مما يليه من الجوانب الأَربعة ، للحديث[1] « حق الجوار أَربعون هكذا وهكذا وأَشار قداماً وخلفاً ويميناً وشمالا) قالوا ، ويقسم على عدد الدور ، لا السكان)[2] .

وقــوله : (والقراء حفاظ القرآن ، والعلماء ، مُحدِّثٌ ومُفَسِّرٌ وفقيهٌ ، وسبيل الله غزاة الزكاة ، والرقاب من كوتب) .

أى : وإذا أَوصى للقرَّاء ، فلا يطلق هذا الاسم إلا على من حفظ

---

(١) رواه البيهقى وغيره وقال النووى فى الروضة توزع على عدد الدور لا على عدد سكانها والحديث ص ١١١ ج ٣ بلوغ المرام .

(٢) وما يخص كل دار على عدد سكانها صغيراً أو كبيراً ذكرا أوأنثى . والمسلم والكافر والحر الرقيق /هـ .

كل القرآن ، لامن حفظ البعض ولا من يقرؤه ولا يحفظه ، ولا يقع اسم العلماء إلا على أهل العلوم الشرعية ، وهى الحديث والتفسير والفقه ، وشرط المحدِّث معرفة طرق الأَحاديث وأَسانيدها وأَسماء الرواة والمتون أَى ترتيب وأَما السماع المجرد فليس بعلم ، ولا يدخل فيه المقرِئُون ولا المعبرون والأُدباء والأَطباء والحُسَّاب والمنجمون وكذلك المتكلمون[1] عند الأَكثرين ، وإن أَوصى لسبيل الله ، حمل على الغزاة الذين يُعْطون الزكاة لا غيرهم ، ولابد كما قال الرافعى : من التقييد بذلك فليحمل إطلاق الحاوى عليه ، وإن أَوصى للرقاب ، فهم المكاتبون ، ولا يشترى بهم رقاباً يقتصهم ، فإن رَقّ مكاتب ، وقد أَخذ استرد .

وقوله : ولزيد ولله ، أَو لزيد الكاتب والفقراء ناصفوه ، كلزيد ومحصور من أَوَّلُه وللفقراء ، تعين لمتمول ، أَوله وجدارٍ ، بطل نصف أَو والجدار ، فله متمول .

أَى إذا أَوصى بشىءٍ لزيد ومعه ، فالأَصح أَن النصف لزيد والنصف للفقراءِ لأَنهما مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى : قال الأَسنوى وقواه الرافعى فى الشرح الصغير ، وقال : وأَقْواهما النصف لزيد والباقى للفقراء هذا لفظه ، قال : وصحح النووى فى أَصل الروضة أَنه يصرف إلى وجوه القرب ، وعبَّر بالأَصح وهو غريب فإن سياق كلام الرافعى يقتضى أَنه غير معروف فضلا عن تصحيحه ولهذا أَنه

---

(١) قال المتولى هم من العلماء وقال الرافعى وهو قريب ، ذكره صاحب المنهاج ، وهم علماء الكلام وعلم الكلام وهو علم أصول الدين /هـ .

لم يعده مع الأَوجه بل يحله فى الشرح الصغير أَصلا انتهى ، وإن أَوصى لزيد وجبريل أَن للريح ونحوه بما لا يوصف بملك ، فالنصف لزيد . والنصف الآخر تبطل فيه الوصية وإن أَوصى لزيد وللفقراء قال الشافعى رحمه الله تعالى : هو كأَحدهم ولا يتعين له شئ بل لو أَعطى أَقل متمول جاز ، كما يجوز أَن يعطاه أَحد الفقراء ولا يجوز منع غيره من الفقراء من التنصيص عليه ويعطى وإن كان غنياً ، وإن وصفه بغير صفته كلزيد الفقيه والفقراء أَعطى النصف ، وإن أَوصى لزيد بدينار ، وللفقراء بثلث ماله ، أُعْطِىَ زيد الدينار ولم يزد عليه وإن كان فقيراً ، وقيل بل يجوز أَن يزاد إنْ كان فقيرا ، وقوله فى الحاوى[1] : ولزيد وللفقراء إلى قوله : النصف للفقراء ، فيه أُمور .

أَحدها : أَنه لم يذكر ما إذا وصف زيداً بوصف غير الفقراء كزيد الكاتب ونحوه وقرنه بالفقراء ، فإنه يعطى النصْف ، .

الثانى : ما إذا ذكر مع زيد محصورين ، كأَولاد فلان فإن لزيد النصف أَيضاً .

الثالث : أَنه ذكر فيما إذا قرن بزيد من لا يملك كجبريل والريح والجدار أَنه يبطل النصف ، ويأْخذ زيد النصف ولم يذكر ما إذا قرن به الملائكة والرياح والجدران وهو حينئذ ، لا يتعين له النصف ، بل أَقل متمول .

---

(١) وفى ح « ولزيد وللفقراء يجوز أن يعطى زيد أقل متمول ولزيد ولجبريل أو الريح بطل النصف ولزيد ومعه النصف للفقراء » .

وقوله : أَقارب زيد ورحمه ، وَلَدُ أَقرب قبيل من جهة أَب أَو أم ، لا أَبواه ، وَوَلَدُ صلبه ، وكذا أَقارب نفسه حتى وارثه .

أَى وإذا أَوصى رجل لأَقاربك ورحمك ، فهم أَولاد أَقرب جد من أَجدادك ، صار أَصلا وقبيلة ينسبون إليه ، ويدخل فى القرابة قرابة الأُم على الأَصح كما يدخلون فى الرحم ، وكل من يدلى بها من خال أَو عم ونحوه ، وقيل إن كان عربياً لم يدخل القرابة من جهة الأُم . ويدخل فى القرابة والرحم ، الذكر والأُنثى ، الغنى والفقير والقريب والبعيد ، والكافر والمسلم ، والوارث وغير الوارث . وإن لم يوجد إلا قريب واحد أعطى الكل ؛ لأَن المقصود جهة القرابة. وإن كان جماعة محصورين قسم بينهم بالسوية ولابد من استيعابهم ، وإن كانوا غير محصورين ، فالوصية لهم كالوصية للعلوية ، والأَصح أَنها تصح ويكفى بثلاثة كالفقراء ، ولا يدخل أَبوك وولدك ؛ لأَن هؤلاء لا يسمون فى العرف قرابة ، بل المعروف أَن قرابة الإنسان من ينتمى إليه بواسطة ، ويدخل فى القرابة الأَحفاد والأَجداد ، فإن كنت أَنت الموصى لقرابتك ففى دخول ورثتك وجهان : الأَصح الذى صححه الرافعى فى الشرح الصغير وقال : إنه أَقْوى الوجهين دخولهما ورجحه فى المهمات ،ولكنها تبطل فى نصيبهم ؛ لامتناع إجازتهم لأَنفسهم .

وقوله : وأَقرب قريب ، فرْعٌ ثم أَصْلٌ ، ثم أُخوة ، ثم جدودة ، ثم عمومة ، وَخؤلة ، وقدم الأَقرب وذو الأَبوين .

أَى إذا أَوصى رجل إلى أَقرب الأَقارب ، دخل فيه الفرع والأَصل ، واستشكل ، كيف يكون الشخص أَقرب الأَقارب ولا يكون من الأَقارب

والجواب : أنا لا نَنْكِر كونهم من الأَقارب بل هم أَخص من ذلك ، والفرق يخرجهم بتلك الخصوصية من اسم الأَقارب ، ولا يخرج من أَقرب الأَقارب . إذا اجتمع الأَصل والفرع ، قدم الفرع لقوة أَرثه وعصوبته ، وتقدم الأَولاد على غيرهم ، ثم يليها البطن الثانى ثم الثالث إلى حيث انتهوا ، ويسوى أَولاد البنين وأَولاد البنات ، ثم إذا عدم الأَولاد وأَولادهم ، قدم الأَبوان بالتسوية وبعدهم الأُخوة ، والأَخوات والعمات والأَخوال والخالات ، بمنزلة واحدة ولهذا عطف الخؤلة بالواو ، وقدم الأَقرب من هؤلاء على ولده ، ويقدم من يدلى بالأَبوين على من يدلى بأَحدهما ، لقوة القرابة .

وقوله : وملك كسباً ومهرا موصى له بمنافعه ، لا ما ندر ، ويسافر به أَمانة ويؤجر لا فى مؤقتة بموته ، أَو يبيع الوارث منه وكذا من غيره ، إن وقتت وعلم أَو أَوصى بنتاج .

أَى إذا أَوصى بمنافع عين من أَرض ودار وعبيد ونحوها ، ملك المنافع الموصى له بعد الموت فيورث عنه ، وله أَن يؤجرها ويعيرها ويوصى بها ، وكذلك إذا أَوصى بمنافعها مدة مقدرة . أَما إذا قال : أَوصيت لك بمنافعها مدة حياتك ، قالوا : فإن ذلك لا يكون تمليكاً بل إباحة ، فليس له أن يؤجرها وفى الإعارة تردد . وإذا مات الموصى له ، رجع إلى حرية الموصى فى هذه الصورة ، وإنما يملك كسبه المعتاد ، وأَما النادر كالهبة واللقطة فإنه لا تملكه على الأَصح بل هو للوارث ، ويملك مهر الجارية الموصى له بمنافعها على الأَصح[1] ، وللوارث أَن يبيع العين

---

(١) مقابلة يمنع ملك المهر للموصى له لأنه بدل منفعة البضع وهى لاتجوز الوصية بها فلا يستحق بدلها بالوصية وقال فى الروضه كأصلها أنه الأشبه ولايملك ولدها من نكاح أو زنا وإنما يملكه الموصى ، فى الأصح هـ .

الموصى بمنفعتها من الموصى له ، ولا يجوز من غيره إن كانت الوصية مؤقتة بوقت معلوم ، بأَن أَوصى بمنفعتها سنة مثلا فإنه ، يصح بيعها من الموصى له ومن غيره ، وكذا إذا أَوصى بنتاجها لشخص جاز بيعها مطلقاً من ذلك الشخص ومن غيره ، لأَنه تبقى فيها منافع أُخرى ، وأَما إذا أَوصى له بمنافعها مدة حياته ، فإنه لا يصح بيعها إلا منه ، وللموصى له المنفعة إن يسافر بالعين وتكون تحت يده أَمانة ، فإن تلفت لم يضمن وقوله فى الحاوى[1] : وبالمنافع يملك كسب العبد إلى قوله كشاة الموصى بنتاجها : فيه أُمور .

أَحدها أَنه قطع بأَن المهر للوارث ، والأَصح الذى ذهب إليه العراقيون بأَسرهم وصاحب التهذيب وصححه فى المحرر والمنهاج ورجحه صاحب المهمات ، أَنه للموصى له بالمنفعة .

الثانى : أَنه قال إن للوارث بيع العين الموصى بمنفعتها ، إذا كانت الوصية مؤقتة من الموصى له ومن غيره وهى لا يجوز بيعها من غيره ، إلا إذا كانت مدة التوقيت معلومة ، فإن وُقِّتَت بحياة الموصى له فإنه يصح بَيْعها .

الثالث : قوله بشاة الموصى بنتاجها ، وقد يتوهم أَنه يريد أَن فيها هذا التفصيل ولم يرد ذلك ، بل أَراد أَنه يجوز بيعها منه ومن غيره ، وإن كان قد لا يعطى ذلك .

---

(١) ح « وبالمنافع يملك كسب العبد لا مايتّهب وعقر الجارية وولدها كهى ويؤجر ويسافر به ولايضمن بالتلف والوارث بيعه إن أقت ومن الموصى له مطلقاً كالشاة الموصى بنتاجها » .

الرابع : أَنه أَطلق للموصى له جواز الإِجارة ، وهو كذلك إلا إِذا كانت المدة مُقدَّرَة بموت الموصى له ، فإنه لا يجوز أَن يؤجر ؛ لأَنه لا يملك المنفعة بل هى مباحة .

وقــوله : ويَقْتَص ، ويُؤْخَذ ببدله[1] ، مِثْلُه ، وإن جنى فبيع بطلت ، لا إن فُدِىَ ، وولدها ، كَهِىَ .

أَى للوارث أَن يقتص إذا قتل العبد الموصى بمنفعته ويبطل حق الموصى له بذلك ، وإن عفا على مال اشترى عبداً مثله وتكون منفعته للموصى له وإن جنى العبد فبيع فى الجناية ، بطل حق الموصى له ، وإن فُدِىَ بقى حقه على حاله سواءٌ فدياه معاً ،أَو فداه أَحدهما وإن نتجت البهيمة أَو الجارية الموصى بمنفعتها ، فالأَصح أَن لولدها حكمها يبقى ملكاً للورثة ومنافعه للموصى له .

وقــوله : وَيُحْسَبُ من الثلث قيمةُ العين ونقصها إن وُقِّتَتْ .

أَى والعين الموصى بمنفعتها تحسب قيمتها كلها من الثلث ولا يقال بحسب المنافع خاصة ، وكذلك الموصى بمنفعتها مطلقاً مُدَّة حياته ، كما قالوا إن المؤجل تحسب قيمتها من الثلث لأَنه حال بين الوارث والعين . والحيلولة كالاتلاف ، أَلا ترى أَن الغاصب كيف يضمنه بهما ، وإن وُقِّتَتْ الوصية بمدة معلومة قُوِّمَتْ الرقبة مع منافعها ،ثم تقوم مسلوبة المنفعة تلك المدة ويحسب النقص من الثلث .

---

(١) وخرج ببدله بدل أطرافه ، فإنه للوارث فقط / ف .

وقـوله : وحج من ميقات ، لا إن عَيَّن ، ومِنَ الأَصل فَرْضه وسائر الواجبات فإن قال من الثلث زَاحمَتْ الوصايا .

أَى ويحسب من الثلث قيمة العين والحج ، وأَراد به حج التطوع إذا أَوصى به لأَن الصحيح جواز النيابة فيه ، فإذا أَوصى به كان من الثلث كسائر التطوعات ويكون من الميقات عند الإطلاق ، فإن عين ميقاتاً أَبعد منه كان الاحرام منه ، وأَما حجة الاسلام فإنها من أَصل المال وكذا سائر ما لزمه من الواجبات ، فيقضى من ماله وإن لم يوص كالزكاة ، والدين والذى لزمه من النذر من حج وكفارة يمين أَو ظهار أَو قتل أَو إفساد ونحوه[1] فكله يحسب من أَو كلهم يحسب من الأَصل لا من الثلث ، فإن قال : من عليه دين أَو حج أَو زكاة أَو غيره أَدُّوا ذلك عنى من ثُلُثى زاحم الوصايا وكأَنه قصد الرفق بالورثة ، وتوفير الثلثين لهم ، فإن وَفَّى الثلث بالدين والوصايا فذاك وإلا قسم بالحصة وكمل الحج والدين من الأَصل ، وحينئذ ، تدور المسأَلة لأَن معرفة ما يكمل به يتوقف على معرفة ثلث الباقى ليعرف قدر حصة الحج منه ومعرفته ، يتوقف على معرفة مايكمل به فإذا خلَّف ثلاثمائة وأَوصى من ثلثه بدين أَو بفرض حج ، ووصى لشخص بمائه ، وأُجرة الحج أَو دينه بمائة ، فالذى يكمل به حصة الحج شيء ، فبفرزه يبقى ثلاثماية إلا شيئاً ثلثها ماية إلا ثلث شيء يقسم بين الدين

(١) فى (ب) « فكله يحسب من الأصل لامن الثلث فإن قال: من عليه دين أوحج أوزكاة أوغيره أدوا ذلك عنى . من ثلثى زاحم (الوصايا) ، وكأنه قصد الرفق بالورثة وتوفير الثلثين لهم وساقط من (أ) إلى (الوصايا) .

والموصى له نصفين ، فنصيب الحج أَو الدين خمسون إلا سدس شيء يُضَمُّ إِليه الشيء المفرز فيبلغ خمسين وخمسة أَسداس شيء ، وذلك يعدل مائة ، وهى تمام الأُجرة فيسقطا الخمسين من المائة بالخمسين من معادلها ، يبقى خمسة أَسداس شيء فى مقابلة الخمسين الباقية ، فإذا كانت خمسة أَسداس الشيء خمسين كان الشيء ستين فعرفنا أَن ما أَفرزناه ستون ، فيأخذ ثلث الباقى بعد ستين وهو ثمانون فيقسمه بين الوصيتين . لكل أَربعون والأَربعون مع ستين تمام المائة .

وقوله : ويؤدَّى عنه حَجٌ لازم ، وكفارة مالية ، لا أَجنبيٌّ ، عِتْق تخييره .

أَى وإذا كان فى ذمة ميت حجة إسلام أَو حجة منذورة أَو حجة لازمة بإفساد ، جاز لكل من الوارث وغيره أَن يحج عنه من مال نفسه وإن لم يوص كما يقضى عنه دَيْنَه ، وأَما حج التطوع فقد بيناه فى الحج ، أَنه إن لم يوص به لم يحج عنه ويؤدى عنه كفارته المالية الوارث مطلقاً سواءُ كانت عتقاً أَو غيره ، لأَنه نائبه شرعاً ، وإعتاقه كإعناقه ويكون الولاءُ للميت ، وكذا للأَجنبى أَن يكفر عنه فى مال نفسه فى غير العتق ، وأَما العتق فإن كان فى كفارة تخيير لم يجز له أَن يعتق عنه على الصحيح ، لعسر إثبات الولاءِ للميت ، وكذا للأَجنبى أَن يكفر عنه ، وإن كانت مرتبة فالأَصح جواز إعتاق عنه للضرورة ، وليس لغير الوارث أَن يؤدى عنه الكفارة بالصوم ؛ لامتناع النيابة فى العبادات البدنية إلا فيما جوز فى ذلك للولى ، ومأْذونه وقوله فى الحاوى : ويؤدى حَجّهُ وكفارته المالية ، لا الأَجنبى الْعِتْقَ ، فية أَمران .

أحدهما : قال به ابن النحوى والقونوى وقالا إن مقتضى إطلاقه أن يؤدى عنه حج التطوع له ، وإن لم يوص به ، قال القونوى وقد يوافقه قوله فى الحج ، ومن شاء للميت قال والذى نقله الرافعى عن إطلاق العراقيين المنع وإن لم يوص به ، قال فعلى هذا يمكن أن يخصص قول المصنف بالحج الذى ثبت وجوبه عليه ، والإضافة فى قوله حجة قد يشعر بذلك .

الثانى : قوله : لا الأجنبى العتق اعترض به ابن النحوى خاصة ، قال هذا فى الكفارة المخيّرة لعسر إثبات الولاء للميت بخلاف المرتبة للضرورة كما صححه الرافعى فى كتاب الإيمان ، وكذا قال فى المهمات لو كانت مرتبة صح الإعتاق من الأجنبى على الأصح كذا ذكره فى أصل الروضة فى كتاب الإيمان .

وقوله : (ونفع ميتاً دعاء وصدقة ، لا صوم تطوع وصلاة) .

أى وكما ينفعه أن يحج عنه وأن يكفر عنه ينفعه أيضاً الدعاءُ له ، لقوله تعالى « وَالَّذِينَ[1] جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بالإيمان الآيَة » والصدقة عن الميت تنفعه ، أيضاً للحديث[2] « أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم ، إن أبى

---

(١) آية ١٠ من سورة الحشر .

(٢) الحديث رواه احمد والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة ص ٩١ ـ ٤ نيل الأوطار .

والحديث « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية ص ٩٣ ـ ٤ نيل الأوطار . . . لخ . قال . فى الأم : أخبرنا الربيع ابن سليمان قال : حدثنا الشافعى إملاء قال يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدى عنه ومال يتصدق به عنه أو يقضى ، ودعاء ، فأما ماسوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لفاعله دون الميت انتهى ، قالوا وإنما كان ذلك لأن هذه عبادة لاتقبل النيابة ، ونقل القليوبى فى حاشيته على شرح منهاج النووى أن بعض الأئمة قال : إن ثواب جميع العبادات عن الميت يحصل له حتى الصلاة والاعتكاف وإن كان مرجوحاً عندنا /هـ .

مات وترك مالا ولم يوص فهل يكفى عنه أن أتصدق عنه ، قال نعم » ، قال الشافعى رحمه الله تعالى : وفى وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضاً ، قال : الأصحاب يستحب أن ينوى المتصدق بصدقته الصدقة عن أبويه فإن الله يثيبهما فلا ينقص من أجره شيئاً ، وكذلك لو غرس شجرة أو حفر بئرا ، أو أوقف شيئا عن الميت نفعه وأما الصلاة عن الميت وتطوع الصوم عنه فإنه لا ينفعه ، وكذا قراءة القرآن على المشهور من مذهب الشافعى رحمه الله تعالى وجوز القاضى حسين الاستئجار للقراءة على القبر ، قال الرافعى : الوجه تنزيل ، الاستئجار على انتفاع الميت للقراءة ، فقيل لأنه يعقبها الدعاءُ ، وقيل إنه إذا قرأ ثم جعل ما حصل من الأجر له كان دعاء له لحصول ذلك الأجر ، وقيل لأن الرحمة تنزل حيث يَقْرَأُ القرآن فينتفع بحصول الرحمة عنده ، قال القاضى أبو الطيب يرجى للميت الرحمة وحصول البركة إذا أهدى القارىء الثواب إليه .

وقوله : (وَتَعَيَّنَ لَهَا بَاقِى مُوصىً بِثُلُثِهِ ، اسْتُحِقّ ثلثاه) .

أى إذا أوصى بثلث عين فاستحق ثلثاه ، فهل يتعين فى الثلث الباقى للوصية ، أم يقال هى مشاعة فى الجميع فقد استحق ثلثاه ، الأصح أنها تتعين فى الثلث الباقى فإن خرج كله من الثلث أخذه كله وإلا فلا يخفى أنه يأْخذ منه ما يخرج من الثلث .

وقوله : (وَبِحَظٍّ وَنَصِيبٍ وَجُزْءٍ وَثُلُثٍ إلاَّ شيئاً مَتموّلٌ) .

أى ولو أوصى له بحظ وبما ذكر فالموصى به ما فسره به الورثة ولو كان

أقل متمول ؛ لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير ، فإذا قال : أعطوه ثلث مالى إلا شيئاً ، وفسروه بأقل متمول جاز لأن الشيء ؛ يقع على القليل والكثير ، ولو قال: أعطوه كبيرا أو عظيماً من مالى فكذلك كما فى الإقرار ، نعم إن قال الموصى له أراد أكثر وسأل تحليف الوارث حلف أنه لا يعلم أراد أكثر من ذلك .

وقوله : (وبنصيب ابنى ، فرض ابناً زائداً ، ويضعفه إبنين ، وَضِعْفَيْهِ ثلاثة ، وبنصيب وارث أقلهم) .

أى ولو قال : أوصيت له بنصيب ابنى أو بنصيب ابن فالأصح أنه كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه فتصح الوصية إن كان له ابن وارث وإلا بطلت ، فإذا صححنا الوصية فإنا نفرض الموصى له ابناً زائداً فى الورثة فيُعْطى مثل ما يعطى واحد من البنين إن كانوا جماعة ، ومثل نصيب الابن الواحد إن لم يكن له غيره ، وإن أوصى بضعف نصيب ابنه فإنا نفرض الموصى له ابنين زائدين ، وإن أوصى بضعفى نصيب ابن فإنا نفرض الموصى له ثلاثة بنين وإن أوصى بثلاثة أضعافه فنفرضه أربعة بنين ، وإن كان له ابن واحد فللموصى له فى الأولى النصف وفى الثانية الثلثين وفى الثالثة ثلاثة أرباع ، وفى الرابعة أربعة أخماسه ، فإن كان له ابنان فالوصية فى الأولى بالثلث ، وفى الثانية النصف، وفى الثالثة ثلاثة أخماس المال ، وفى الرابعة بأربعة أسداسه وعلى هذا القياس ولا يخفى أن للورثة رَدُّمَا زاد على الثلث وإن لهم أن يجيزوا فى الجميع ، وإن أوصى له بنصيب وارث جعل

الموصى له كأقلهم نصيباً ويكون زائداً ، فإن خلف ابنا وزوجة فالوصية بالتسع ، لأن المال كان يقسم من ثمانية أسهم فالأقل نصيب الزوجة ، وهو ثمنها فإن زادت مثله لزم العول ، فسبعة للابن وواحد للزوجة وواحد للوصية ، وإنما جعل الأقل لأنه لازم يقينا وما سواه محتمل .

وقوله : (وإنْ مَاتَ مَرِيضٌ ، أَعْتَق ثلاثةً همْ مَالُه ، وكل بمائة ، وقد كسب واحدٌ مائةَ ، وخرجت القرعة له تبعه كسبه ، أو لغيره عتق ، وأُعيدتْ ، فإن خرجت لغَيْر عَتَق ثلثُه ، أوله فَرُبْعَه ، وتبعه ربع كسبه) .

أى : إذا أعتق المريض ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم ، وتساووا فى القيمة فكانت قيمة كل واحد مائة مثلا ، ثم كسب أحدهم مائة فى حياة مُعْتِقه ، فقد علم أن العتق نفذ فى أحدهم من حينئذ ، ولكن معرفته متوقفة على القرعة فيقرع بينهم بسهم عتق وسهمَىّ رِقٍّ فإن خرجت قرْعةُ العتق للكاسب فهو الحر وتبعه كسبه ؛ لأنه اكتسبه وهو حر ، وإن خرجت لغيره ، حكمنا بعتقه وأُعيدت ، فإن خرجت لغير الكاسب أيضاً حكمنا بعتق ثُلُثِه ، لأن المال أربعمائة بكسب العبد ، وإن خرجت للكاسب فى المرة الثانية ، حصل الدور ، لأنَّه لا يَعْرف ما يعتق منه حتى يَعْرف ما يبقى من كسبه للورثة ، ولا يعرف ذلك إلا بمعْرِفةَ قدر ما يعرف قدر ما يعتق ، فيقال يعتق منه شىء ويتبعه مثله من كسبه فيخرج من أربعمائة بالقرعة الأُولى مائةً وشيئان بالثانية فيبقى الإرث بثلاثمائة إلا شيئين ، وما عتق مائة وشئ ، إذ ليس الشىء الثانى مما عتق بل تابع له ، وينبغى أن يكون الباقى

للورثة مِثْلَى مائة بالعتق فيكون ثلاثمائة إلا شيئين يعادل مثلى مائة وشيء ، وذلك مائتان وشيئَان ، فإذا أَجبرنا وقابلنا عدالته ، ثلاثمائة ، مائتين وأَربعة أَشياء ، فيسقط مائتين كل جانب ، تبقى مائةمعادلة لأَربعة أَشياء ، فعلمنا أَن الشيء ربع المائة فيَعتق ربع الكاسب ويتبعه ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أَرباعه وثلاثه أَرباع كسبه ، والعبد الآخر ، وذلك مائتان وخمسون ، وهو ضعف الفائِتِ الذى هو مايَة وخمسة وعشرون .

وقوله : والمعلقة تبطل بما يتضمَّنُ الرجوع ، كهو لوارثى ، لا تركتى، وكبيع ورَهْن ، وعرض عليه ، وإذن فيه وتدبير وبناء وغرس ، لا زرع لأَرض ، وكحشوٍ بقطن ، وخلط بر ببر ، ومشاعه بأُجور .

أَى : وتبطل الوصية المُعلّقة بكل ما يتضمن الرجوع من لوازمه سواء كان تعليقها فى الصحة أَو فى مرض الموت ، وأَما ألمنجزة وهو ما وهب أَو حابى به فلا يصح الرجوع فيه بعد القبض ، وقد علم أَن المعلقة هى المعلقة بالموت ، والذى يحصل به الرجوع يكون قولا كرجعت فى الوصية وأَبطلتها ونقضتها ، كقوله هو لوارثى ، فإذا أَوصى بشىءٍ ثم قال : بعد هو لوارثى علمنا أَن قصده ، الرجوع ولا تبطل بقوله : هو تركتى لأَن الموصى به هو المسمى تركة ، وتبطل بالبيع والإعتاق والوقف والكتابة والإصداق والأَصح أَن الرهن والهبة قبل القبض كالبيع ، وكذلك العَرْضُ على البيع وعلى الرهن والهبة ، والإذن فيها للوكيل مما يشعر الرجوع على الأَصح ، وإذا أَوصى له

بعبد فدبره ، بطلت الوصية ، لتضمنه الرجوع ، وكذا إذا علق عتقه بصفة غير الموت وإذا أَوصى له بأَرض ، ثم غرسها أَو بنى فيها بطلت الوصية ، بخلاف ما إذا زرعها لأَنه لا يراد للدوام ، أَو بقطن فحشى فراشاً أَو ببُر معين فخلطه ببر آخر ، أَو أَوصى له ببر مشاع ، كما إذا أَوصى له بربع صبرة أَو بصاع من صبرة فخلط بالصبرة براً أَجود ، فكل هذا يشعر بالرجوع عن الوصية ، وإن خلط الصبرة ببرٍ مثل برها أَو ردىء لم تبطل .

وقـوله : (وبإِحْبَالٍ ، وفى منفعة بإِجارة مُدَّتها) .

أَى : وتبطل الوصية بحق أَقوى كالإِحبال ، فإِن حق المستولدة أَقوى من حق الموصى له وكإِجارة بقيت مدة الوصية ، فما إذا أَوصى بمنفعة داره سنة مثلا ، وإن لم يعين السنة الأُولى على الأَصح ؛ لأَن له أَن يؤجرها فى حياته ولا يكون رجوعاً ، ثم إن مات نظرت ، فإِن بقيت مدة الإِجارة حتى استغرقت السنة بطلت ، أَو استقرت بعضها بطل فيه وحده ، ولما كان الإِحْبَال والإِجارة لا يصدق على فاعلهما أَنه قصد التصرف والرجوع عن الوصية وأَن القول والفعل حينئذ غير مؤثرين ، لأَن الصحيح أَن الوطء بالإِنزال ليس برجوع وكذلك عقد الإِجارة ، ولكنه لما مات الموصى وتزاحم الحقان ، دفع الأَقوى الأَضعف .

وقـوله : (وبمزيل اسم كهدْمٍ ، لا بغير فعله لِعَرْصَةٍ ، وكطَحْن وعَجْن وفَتٍّ خبز وتفصيل ثوب) .

أى وتبطل الوصية بكل مزيل للاسم كما إذا أوصى له بدار فهدمها ، فانهدامها يزيل اسم الدار ، ويؤذن بقصد الرجوع ، وإنْ انهدَمَتْ بآفة سماوية أو بفعلِ أجنبى بطلت فيها ، ولم تبطل فى العرصة لأنه لم يوجد منه ما يدل على الرجوع وزوال الاسم إنما يقع على الدار ، لا على العرصة التى دخلت فى الوصية واسمها ، عَرَصة فى الحالين ، وإن انهدم بعض لا يزول به اسم الدار لم تبطل فى القائم ، وفى النقض وجهان ، وإن أَوصى له ببُرٍّ ثم طحنه الموصى ، وبدقيق عجنه أو بخبز ففتّه ، أَو بثوب ففَصَّل قميصاً ، أَو غيره بَطَلَتْ الوصية فيه لمعنيين أَحدهما ، الإشعار بقصد الرجوع ، والثانى لزوم الاسم ، وإن طحنه غيره ، أَو عجنه أَو فصله ، فالأَصح بطلانها لزوال الاسم .

وقوله : (لا بإنكارِ ونقل ، وتجفيف رطب ، وتزويج ، ووطء ، وبيعُ موصٍ بالثلث مَالَهُ) .

أَى ولا تبطل الوصية بإنكارها الذى صححه الرافعى والنووى فى الروضة فى باب التدبير ، هذا البسط فى المسأَلة وإن كان فى باب الوصية قد خالفه وقال : هو رجوع على ما مر فى جحد الوكالة ، وهو صريح فى الفرق بين أَن يكون لغرض دونه كما تقرر فى الوكالة وحذف فى الروضة قوله كما تقرر فى الوكالة ، أَعنى فى باب الوصية ، ولا تبطل بنقل الموصى به من بلد إلى بلد ، لأَن ذلك لا دليل فيه على قصد الرجوع وتجفيف الرطب الموصى به زيادة فى صفاته ، وكذلك تقديد

اللحم ، فلا تبطل به وتزويج الموصى به كذلك لا يُبْطلها سواء كان عبداً أَو أَمة ، وكذلك وطء الأَمة لا تبطل الوصية سواء أَنزل فيها أَم لا وقيل إذا أَنزل ، والصحيح عند الأَكثرين كما فى الروضة والعزيز ، الأَول ، وكذلك لبس الثوب وغسله ، وأَما قصْره فرجوع على الأَصح ، ولو أَوصى بثلث ماله على التعيين ، فتلف ماله أَو باعه كله لم تبطل الوصية ؛ لأَن المعتبر ماله عند الموت مازاد ، أَو نقص .

وقــوله : (والوصيةُ لعَمْرٍو بَعْدَ زيدٍ تَشْرِيكٌ ، وبما أَوْصَى به لزيد رجوعٌ) .

أَى إذا أَوصى لزيد بمال معين ثم أَوصى لعمرو فقد قيل إن الثانية توجب الرجوع وجعلها للثانى ، والصحيح أَنهما يشتركان ، أَما إذا قال : أَوصيت لعمرو ، بالذى أَوصيت به لزيد ، فيتضمن الرجوع عنها فى حق زيد ، وتصير لعمرو.

الايصاء

وقــوله : (فصل[1] : صح إِيصاء وإن علق ووقّت ، أَو أَشار به لِعَجْز ، من حُرٌّ مكلف لإيصال وصية وحق ومن ولى أَو وصية عنه ،

(١) فى الإيصاء ، وهو إثبات تصرف مضافاً لما بعد الموت ، وروى ابن‌عيينة أن الزبير كان وصى سبعين صحابياً رضى الله تعالى عنهم ، وكان ينفق على أولادهم من ماله ، ويحفظ مالهم ، ويندب فى قضاء الحقوق وتنفيذ الوصايا وأمر الأطفال بل بحث الأذرعى وجوبه لثقة كاف وجيه إذاغلب على ظنه استيلاءمن يضيع ماله ، والأظهر صحته على الحمل الموجود حالة الإيصاء أيضاً رد المظالم وحقوق عجز عن ردها حالا ولا شهود بها ، وأركانه أربعة :

الصيغة إيجابا كاوصيت أو فوضت إليك أوأقمتك مقامى أو جعلتك وصياً ، وقبولا ويكفى العمل عنه ، ووليتك بعد موتى كناية ، ولا أثر لرد ولا قبول قبل الموت ، ف ، الثانى الموصى وشرط فيه التكليف والاختيار والحرية . والإسلام فى المسلم . والأمانة والاهتداء إلى التصرف وعد بعضهم أن لا يكون عدداً للموصى وقد ذكره المؤلف .

بإذن على نحو طفلٍ ، لا وجَدُّهُ حَيٌّ ، فيلى به المال فقط ، ومطلقه لَغْوٌ[1]) .

أَى ويصح الإيصاء منجزاً ، كان كأَوصيت إليك فى أَمر أَطفالى ، أَو معلقاً كإذا مِتُّ فقد أَوصيت إليك ، ويصح مؤقتاً كأوصيت إليك سنة أَو إلى أَن يبلغ ولدى ، لأَن الوصية كالولاية ، « وقد أَمَّرَ النبى[2] صلى الله عليه وسلم زيداً على سرية وقال إن أُصيب زيد فجعفر ، وإن أُصيب جعفر فعَبْد الله بن رواحة » وتصح بالإشارة عند العجز ، إذا اعتقل لسانه وفهمت عنه كم اتصح من الأَخرس ، ثم إن كانت الوصية بإيصال الحقوق إلى أَربابها ، كقضاءِ الديون ورد الودائع والمغصُوب وصرف المال الموصى به كفى أَن يكون الموصى حراً مكلفاً وأَما الموصى بالأَطفال والجد حَيٌّ ، فيشترط أَن يكون له عليهم ولاية أَصلية كالأَب والجد ، وليس للأَب أَن يوصى بالأَطفال والجد حَيٌّ لأَن الولاية الأَصلية تَنْتَقِل إليه ، ويجوز أَن يوصى فى قضاءِ الدين إلى غَير الجد ، وكما تصح الوصاية على الطفل من الأَب والجد تصح ممن أَذنا له أَن يوصى عنهما ، فإن أَذنا للوصى فى ذلك فأَوصى عن نفسه لم تصح ، وإذا قال : أَوصيت لك فى أَمر أَطْفَالى فالأَصح أَنه يملك بذلك التصرف فى أَموالهم ، وحفظها ، وقيل لا يملك التصرف إلا بتصريح الإِذْنِ فى التصرف بالمال ، ولا يلى الوصى

(١) كالوكالة وخرج بمطلقه أوصيت إليك بأمر أطفالى ولم يذكر التصرف ، فله حفظ المال وكذ االتصرف خلافاً للحاوى اعتماداً على العرف ، فإن اقتصر على قضاء الديون ، أو تنفيذ الوصايا مثلا لم يتعده / ف .

(٢) رواه البخارى عن ابن عمر ص ٢٦٦ حـ ٨ نيل الأوطار .

إلا بالتصرف بالمال فقط فلا يلي تزويجهم ؛ لأنه لايُعَّبَّر بدخول الدنى في نسب الأَطفال فيزوجهم السلطان عند عدم الولى ، فإذا قال : أَنت وصى ؛ وأَطلق لغا ، ولا يصح الإيصاء فى مُحَّرم ، كبناءِ الكنائس وكتب التوراة ، وقوله فى الحاوى[1] : ويصح إيصاء الحر إلى قوله : والمطلق للحفظ ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : والوصى بإذنه أَراد أَن تكون الوصية من الموصى بإذن من أَوصى إليه ، وإن يقصد به النيابة عنه بل لا يصح الإيصاء حتى يقول له : أَوص عنى على الأَصح ، فإن أَوصى عن نفسه لم يصح على الأَصح كما ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : قوله : على الطفل ، لا يختص بالطفل ، بل كل من له عليه ولاية من مجنون وسفيه ، كذلك .

الثالث : قوله : فى تصرف مالى ، مُقتضاه وهو ما ذكره الشارحون أَنه لا يُجزىء للمتصرف أَنْ يقول فى أَمر أَطفالى حتى يصرح بذكر المال .

الرابع : قوله : والمطلق للحفظ ، وكأَنه أَراد المطلق فى أَمر الأَطفال دون التصريح بأَن يتصرف فى المال ، وهو وجه ، وقد بينا أَنَّ الأَصح خلافه ، والمطلق على الحقيقة قوله أَنت وصية وهو لاغٍ كما نصوا عليه .

---

(١) ح « صح إيصاء الحر لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا والولى والوصى بإذنه على الطفل لا حياة الجد مؤقتاً ومعلقاً وإشارة إن اعتقل لسانه بتصرف مالى مباح والمطلق لحفظ » .

وقوله : (إلى كافٍ[1] أهلِ شَهادةٍ عليه ، لَدَى مَوْت مُوصٍ ولو أعمى ، وإلى ذمىٍّ من ذمىٍّ ، وأُمٌّ أَولى) .

أى : يصح الإيصاء إلى كاف غير عاجز عنه لسفه وهرم ونحوه ، وأن يكون مكلفاً ويشترط أن يكون حراً ، لا رِقّ فيه مسلماً إن كان الموصى مسلماً وأن يكون عدلا فلا يصح إلى صبى وفاسق ولا من لا مروءة له ، وألا يكون عدواً للطفل وذلك يجمعه كاف أهل شهادة عليه ، ولا يضر كون الوصى أعمى على الأصح ، وهذه الشروط تعتبر عند موت الموصى على الأصح ؛ فعلى هذا لو أوصى إلى غير كامل فكمل عند الموت صح الإيصاء ، ويصح الإيصاء من ذمى إلى ذمى إذا كان عدلا فى دينه ، وأما إيصاء الذمى إلى المسلم بطفله ، فصحيح داخل فى قوله أهل شهادة عليه ، فتقديره صح إيصاء أهل شهادة عليه ، وإلى ذمى من ذمى ، وإذا وجدت شروط الإيصاء فى الأُم فهى أولى للشفقة .

وقوله : (وإلى اثنين ، فلتعاون[2] ، فَيُفَوَّض بمن مات ، لا إن نهى ، وكذا بمن رَدَّ ، لا إن رَتَّبَ والقابل غير مضموم) .

أى : إذا أوصى لاثنين نظرت ، فإن قال : كل منكما وصى لى ، أو أوصيت إليكما ، أو إلى كل منكما ، ونحوه مما يفهم معناه

---

(۱) إشارة إلى شروط الموصى له وهو أن يكون كافيا أى غير عاجز مسلما حراً إلخ .

(۲) منهما أى محمول عليه فلا يستقل أحدهما ، بتصرف وإلا ضمن حتى ماأنفقه على نحو الطفل ، بل لا بد من اجتماعهما فيه بأن يصدر عن رأيهما نعم لاضمان برد عين لمستحقها ، وتنفيذ وصية معينة ، وقضاء دين فى التركة جنسه ، وكذا لا إثم إن أذن صاحب الحق فى وضع يد عليه ، ولم يتضمن ذلك تصرفاً فى ملك الموصى بنحو فتح باب وحل وكاء وإلا حرم كما بحثه ابن الرفعة ، ولو كان أحدهما مشرفاً لم يتصرف الآخر إلا بإذنه / ف .

بمقتضاه الاستقلال كما لو صرح بشرط الاجتماع ، حتى لو انفرد أَحدهما بالتصرف أَو الإنفاق على الطفل ضمن ، وليس المراد من اجتماعها بلفظهما بالعقود مُقَابل المراد صدورها عن أَيهما فيباشر أَحدهما بمباشرة الآخر ، أَو يأذنا لثالث وإن مات أَحدهما نَصَّب الحاكم مكانه آخر ، سواء كانت الوصية إليهما معاً ، كأَوصيت إليكما ، أَو مرتبة بأَن أُوصى إلى زيد ثم إلى عمرو فإنهما يشتركان ولا ينعزل زيد إلا إن قال : الذى أَوصيت به إلى زيد أَوصيت به إلى عمرو ، فإن قبل الوصية واحد ورد آخر نظرت ، فإن كان فى الوصاية التى شرط فيها الاجتماع ، أَو فى التى حكمها كحكمها وهو قوله : أَوصيت إليكما ، فإنه يجب أَن يُنَصّبَ الحاكم غيره ، وإن كان فى الوصية المرتبة فلمن قبل منهما الاستقلال إذا رد الآخر ، وإن قبلا معاً لم يستقل واحد منهما ، هذا إذا قال : أَوصيت إلى زيد ، ثم قال : أَوصيت إلى عمرو ، وأَما إن قال ضممت عمراً إلى زيد ولم يقبل إلا عمرو فإنه لا يستقل ، لأَنه جعله إلى غيره ولم يفرده بالوصاية بخلاف ما لو قبل زيد وحده فإنه يستقل ، وقوله فى الحاوى[1] : أَو إلى اثنين فلتعاون إلى آخر قوله ، لا إن شَرَط استقلالا حينئذ ، فيه أُمور :

أَحدها : أَنه يرد عليه عدو الطفل فإن الشروط التى ذكرها قد توجد فيه ، وهو لا يصح الإيصاء إليه .

الثانى : أَنه لم يذكر الصيغة التى تقتضى استقلال كل من الوصيين

---

(١) وفى ح «وإلى اثنين ولو بالترتيب وقبلا للتعاون كالوكالة ونصب بدل من مات لا إن شرط استقلالا حينئذ » .

بالتصرف فإن قيل يُوحد من قوله : لا إن شرط استقلالا حينئذٍ ، قلنا لا يخفى مراده بحينئذ حيث موت الموصى الآخر لا حجة فيه .

الثالث : قوله : وإن قبل واحد[1] انفرد ، نعم ، ما إذا أَوصى إليهما معاً وما إذا رتب ، كما يقتضيه لفظه من تسويته للحكم فيها وليس كذلك بل هو مخصوص بما إذا كانت الوصية للترتيب وما إذا أَوصى إليهما معاً وقبل أَحدهما دون الآخر ، فإنه يُنَصّبُ معه ثانٍ ، كما إذا مات أَحدهما ، ذكره فى العزيز والروضة : أَنه الصحيح .

وقوله : (وإن اختلفا فى مصرف ، فالقاضى ، أَو فى حفظ قُسِمَ ، ونحو كلٌّ وَصِىٌّ لاستقلال) .

أَى : إذا اختلف الوصيان حيث يشترط اجتماعهما فى تعيين من يصرف إليه من الفقراءِ وغيرهم ، عين القاضى من يراه ، ولا ينعزلان بالاختلاف ، وإن اختلفا فى حفظ المال قسم الحاكم بينهما لأَنه إذا كان فى يدهما كان فى يد كل النصف فجاز أَن يعنى ذلك النصف ، ويجتمعا على التصرف فى الجميع ، وإن كانا مستقلين ، تصرف كل فى الجميع ، وإن اختلفا فى التصرف والحفظ لما لا ينقسم ولم يرضيا بثالث أَمرهما الحاكم بما فيه المصلحة ، وإن امتنع أَحدهما أَقام الحاكم آخر مكانه ، وإن امتنعا أَقام اثنين مقامهما حتى يتفقا على العمل بالمصلحة .

---

(١) ح « وإن قبل واحد انفرد لا إن قال ضممت وقبل الثانى » .

(وقوله : وصُدِّق فى إنفاق ونفى خيانة ، لا فى مُدَّة وردّ مال ، ولا وصى فى بيع وترك شُفْعةٍ لغبطةٍ) .

أى : إذا اختلف الوصى هو والطفل بعد البلوغ فى الإنفاق ،كأن قال : ما أنفقت عَلَىَّ شيئاً ، أو قال : أنفقت كذا ، فقال : بل أكثر ، صدق الوصى بيمينه ، وإن اختلفا فى مدة الإنفاق ، فذكر الوصى أو الولى زمناً ، وادعى المولى عليه دونه ، أو قال : رددت إليك المال ، فالقول قول المولى عليه مع يمينه ، سواء كان المنازع أباً أو وصياً. وقال الأذرعى فى آخر باب الوصية إن المفهوم من كلام الشيخين قول الأب والجد فى الردّ ، وصَرّح غَيْرهما بأنهما كالوصى فى ذلك ، وممن صرح به الإمام والغزالى فى الوسيط وقال إنه الظاهر ، ونقل فى المهمات عن ابن الرفعة الجزم بذلك وهو مقتضى ما ذكره الشيخ[1] فى باب الحجر فى التنبيه ، وأما إذا ادعى الأب بيع ماله وترك الشفعة للغبطة والمصلحة فإنه يصدق الأب ، وأما الوصى فلا يقبل قوله فى ذلك وقوله فى الحاوى[2] : فى المصرف والحفظ بولاية القاضى ، والقول قوله فى قدر النفقة والخيانة لا فى موت الأب ورد المال ، فيه أمور :

---

(١) الشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن على الفقيه الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ ست وسبعين وأربعمائة صاحب (التنبيه) فى فروع الشافعية وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة المتداولة بين الشافعية وأشهرها تداولا، كما صرح به النووى فى تهذيبه أخذه من تعليقة الشيخ أبى حامد المروزى وله شروح كثيرة منها شرح الإمام النووى وهو شرح غريب سماه « التحرير » وشرح الأسنوى سماه « تذكرة التنبيه » وشرح الإمام أبى حفص عمر بن الملقن الشافعى المتوفى سنة ٨٠٤ هـ وهو كبير سماه « الكفاية » ج ١/١٩٧ كشف الظنون .

(٢) وفى ح « وإن اختلفا فى المصرف أو الحفظ تولاه القاضى، وإن قبل واحد انفرد لا إن قال ضممت وقبل الثانى ، والقول له فى قدر النفقة والخيانة لا فى موت الأب ورد المال » .

أحدها : قوله : وإن اختلفا فى الحفظ بولاية القاضى ليس على إطلاقه بل تقسم إن كان مما ينقسم .

الثانى : قوله فى الخيانة ، ما أراد : فى نفى الخيانة .

الثالث : أنّ قوله فى الخيانة ، يقتضى قبول قول الوصى إذا ادعى بيع العقار يجوز يقبل قوله ، وليس كذلك بل القول فى ذلك قول الصبى .

الرابع : قوله لا فى موت الأب ، لو قال فى المدة لكان أعم ليشمل الوصى ، والقيم ، والملتقى من الوصى قبله ، والأب إذا اختلف هو والولد فى أول مدة ملكه للمال الذى أنفق عليه منه .

الوديعة

وقــوله : (باب الإيداع[1] توكيل لحفظ مال) .

---

(١) فى الوديعة تقال للإيداع وللعين المودعة ، وهى المال والاختصاص ، ككلب ينتفع به وخمر محترمة ، ونحو حبة بر ، فيصح إيداعه ، ويجب حفظه ورده ، وإن لم يضمن بالإتلاف ، من ودع يدع إذا سكن لسكونها عند الوديع أو من الدعة أى الراحة لأنها فى راحته ، أى مرعاته ، ويندب قبولها لأمين قادر بل يلزمه إن لم يجد غيره ولا ضرر عليه فيه لكن لا مجانا بل بأجرة لحفظه وحرزه ، وقد تؤخذ الأجرة على الواجب كتعليم الفاتحة ، وسق اللبأ ، فإن تعدد القادرون ، قال الزركشى كالأزرعى تعينت على من عرضت عليه منهم ، كأداء الشهادة ويحرم على عاجز إلا أن علم المالك حاله ، على الأوجه ، كما بينته فى الأصل ، ومع الحرمة يصح الإيداع فلا يضمن ، نعم إن كان المودع وكيلا أووليا ضمنها الآخذ ، ويكره لمن لم يثق بأمانة نفسه إلا أن علم المالك حاله ، تم /ف .

والإيداع لغة وضع الشىء عند غير صاحبه ، وشرعاً توكيل من المالك أو نائبه لآخر لحفظ مال أو اختصاص ، فخرج بتوكيل اللقطة والأمانة الشرعية ، لأن الائتمان فيهما من جهة الشرع ، ويتفرع على كونه توكيلا أن الإيداع عقد قوله الوديعة وديعة والأصل فيها الكتاب والسنة قال تعالى « فليؤد الذى اؤتمن أمانته » آية ٢٨٣ من سورة البقرة ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى وقال حسن غريب وقال الحاكم أنه على شرط مسلم ص ٢٩٦ جـ ٥ نيل الأوطار ، وفى الصحيحين من رواية أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : « آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان » وفى رواية مسلم « وإن صلى وصام وزعم أنه مسلم » ص ١٤٩ جـ ٣ بلوغ المرام . ولا خفاء فى أن الحاجة داعية إليها بل الضرورة داعية للإيداع ، وأركانها بمعنى الإيداع أربعة : ١) وديعة تعنى العين المودعة ٢) وصيغة ٣) ومودع ٤) ووديع ، وأحكام الوديعة ثلاثة : ١) الأول الأمانة ٢) والحكم الثانى الرد ٣) والحكم الثالث الجواز ، وقد ذكر المؤلف شرط كل من المودع والوديع والصيغة والعين المودعة / م .

أى : فيعتبر فى العاقدين ما يعتبر فى الموكل والوكيل من التكليف، وجواز التصرف، وهو عقد لا إذْن على الصحيح، فَوَلَد الوديعة وديعة كأمِّه ، ويشترط الصيغة كما فى الوكالة ، بالإيجاب من المودع بالقول، والقبول إما قولا وإما فعلا كأَودعتك واستَنْبَتُّك فى حفظه وما فى معناه مما يدل على التوكيل فى الحفظ ، ونقل الرافعى عن الرويانى فى جواز التعليق كأَودعتك إذا جاء رأس الشهر ، وقال القياس يخرجه على الخلاف فى الوكالة ، صحيح ، قال فى المهمات : وماذكره الرافعى من تخريجه على الخلاف فى تعليق الوكالة فيه إلْبَاسْ، لأَن تصرف الوكيل صحيح فى الوكالة المعلقة ،ويسقط المسمى وتجب أُجْرَة المثل ، والوديعة لا عوض فيها ، وحفظها نظير تصرف الوكيل، فَيُفْطَن، وهذا ظاهر ، ولو قال: أُريد أَن أُودعك ثم أَتى بالمال ، فوضعه فقبضه من إيجاب ضمنه ، ولو أودعه فلم يقبل لم يضمن بتركه عنده ، فإن تركه ضائعاً ، وقام لم يضمن وأثم ، ولو أودعه فقال : ضعه كان إيداعاً كما لو قبضه وتبطل بالموت، والجنون، والإغماء .

وقوله : (فيضمن بسفر لم يودع فيه ، وموت إن تيسر رد لمالك ، فإن تعسر فقاض ، ثم عدل ، أو إيصاء مميز من الميت إليهما) .

أَى : الوديعة إنما تُضْمن بأَسباب، منها السفر بالمال المودع فى دار الإقامة ، وإن أَودعه إيَّاه فى السفر، فسافر به لم يضمن ، فإن رجع إلى الوطن ثم سافر به ففيه احتمالان للإمام ، نقلهما القمولى ، والظاهر أَنه يضمن لأَن المودع فى السفر ، إنما يقصد حمله إلى الوطن والتقصير

فى الرد، فعليه ردها إلى المالك ، أو وكيله عند السفر ، فإن فُقِدَ فالقاضى ، فإنْ فقد وضعها عند عدلٍ ، فإن لم يجده سافر بها ولاضمان على الأَصح ، وإذا ترك الترتيب فسلمها إلى عدل – والقاضى حاضر – ضمنها ، وكذلك يضمن الوديعة فى مال الميت إذا قصر ، بأَن مرض أَو حبس لقتل ، وأَمكنه الرَّد على المالك أَو وكيله فلم يفعله ، وإن لم يمكنه لزمه أَن يسلمها إلى القاضى ، أَو يوصيه بإيصالها إلى مالكها ويحضرها ليشاهدها أَو يصفها وصفاً يميزها عن غيرها ، فإن فقد القاضى سلمها إلى عدل أَو أَوصى إليه كذلك ، فإن تعسر الرد على المالك والإيصاء حتى مات ، أَو أَمكن الإيصاء فأَوصى بها موصوفة ، ثم بعد ذلك فقدت من التركة ، لم يجب ضمانها فى تركته لعدم تقصيره ، وكذا من مات فجأَة لأَنه غير مقصر ، فإن قال عندى لفلان ثوب ولم يصفه كان مقصراً ، فلو وجد فى التركة ثوب واحد فالأَصح أَنه لا يتعين للمودع ، بل يجب فى التركة قيمته لتقصيره ، وقوله فى الحاوى[1] : فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه إلى قوله لا إن أَوصى فَفَقَدَ ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله فيضمن الوديعة ، إن سافر بما لم يودع فيه ، الضمير عائد إلى المصدر وهو السفر ، فيقتضى أَن لايختص عدم الضمان سفره الذى هو ، بخلاف قوله بسفر لم يودع فيه ، فإنه صريح فى اختصاصه بالسفر الذى هو فيه .

---

(١) وفى ح « فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه ووجد المالك ثم القاضى ثم عدلا كأن مات لا فجأة بلا إيصاء مميز إلى عدل لا إن أوصى ففقد »

الثانى : قوله : كأَن مات لا فجأَة بلا إِيصاء مميز ، فأَقول قد علمت أَن الجمهور أَوجبوا على المريض رَدَّ الوديعة إلى المالك ، فإِن عجز فإلى الحاكم أَو يوصى بها إِليه ، فإِن عجز فإلى عدل ، أَويوصى بها إِليه وأَن صاحب التهذيب قال : تكفيه الوصية إِلى عدل مطلقاً ، قال القونوى ، قد يوهم إِطلاق المصنف موافقة صاحب التهذيب لكن المصنف فى قوله : كأَن مات ، ربما أَشعر اعتبار المنقول عن المهجور إِشعاراً قوياً انتهى . قلت ، لا إِشعار فيه فإِن كلام الجمهور وما بينا من أَن التخيير بين التسليم إِلى القاضى والإِيصاء إِليه ، ثم بين التسليم إِلى القاضى والإِيصاء ، ثم بين التسليم إِلى عدل والإِيصاء إِليه وهو غير ما يوهمه من التشبيه [بحكم من[1]] أَراد السفر فإِنه لم يُسَوِّ بين الإِيصاء إِلى القاضى فى العدل والتسليم[2] [إِليهما] .

الثالث : قوله : لا إِن أَوصى ففقد ، صوابه : لا إِن عجز عن الرَّد إِلى المالك ، ثم فقد هذا الذى يقتضيه كلام الجمهور ، فعلمت من هذا أَنه موافق لصاحب التهذيب ، وهذا كالمسْتَغْنى عنه ، فإِن تخصيص الضمان لمن ترك الرد ، والإِيصاء كالمصرح بإِسقاطه عن الموصى بعد العجز عن الرد .

وقوله : (وبِنقْلٍ مِنْ حِرْزٍ ، لِدُونِهِ ، لا فى دارِها ، ومن معين لدونه ، أَو هلكت به ، وبكل إِنْ نُهِيَ لا لخوف) .

---

(١) سقطت هذه الكلمة [بحكم من] من (أ) مع وجودها فى (ب) .

(٢) [إليهما] ساقط من (أ) وموجود فى (ب) .

أى : وتضمن الوديعة بأسباب منها ماسبق ، ومنها أن ينهاه عن نقلها سواء كان المنقول إليه أحرز أم لا ، للمخالفة من غير ضرورة ، فإن ألجأت ضرورة كحريق ونهب وغلبة لصوص ، ونقل إلى حرز فلا ضمان له على الأصح ، بل لو ترك النقل فى هذه الحالة ضمن إلا إذا قال : لا تنقل وإن حدث شىء من هذه الأحوال المذكورة ، ومنها أن ينقل إلى حرز مثله من غير نهى فلا ضمان ، وإن نقل إلى حرز دونه ولكنهما فى دار واحدة فلا ضمان أيضاً ، إلا إذا كان قد عين الحرز فإنه يضمن ، إلا إذا هلكت بسبب المخالفة كأن انهدم عليه الدار المنقول إليها ، وكذا إن سرق على الأصح . وقوله فى الحاوى : أو يَنْهَى لا لضرورة ، غارة أو حريق ، أو إلى حرز دونه ، أو هلك به ؛ فيه ، أمران :

أحدهما : قوله : أو إلى حرز دونه ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا عَيَّن حرزاً وأمره أن يضعها فيه ، فإنه يضمن مطلقاً سواء اتحد الدار أم لا .

الثانى : قوله : أو هلك به يعنى إذا نقل إلى حرز مثله أو أعلى منه ، فهلك به بأن انهدم أو نحوه ضمن . وهذا أيضاً إذا كان قد عين له الحرز ، أو أمره ، أما إذا لم يأمره بأن أودعه إياه فى بلد ثم وضعه فيه فى حرز ثم نقله منه إلى حرز مثله ، لم يضمن لعدم المخالفة . وهذه لم يذكرها فى الإرشاد هنا لأنها متكررة فهى تجىء قريباً .

وقوله : (وبترك عَلْف ، لا بأمره ، وأثم ، ونَشْرٍ ولُبْسٍ لصوف)

أَى : إذا أَودعه دابة فعليه القيام بعلفها وسقيها ، سواء أَمر بذلك أَو سكت عنه لأَنه التزم حفظها ، فإن ترك علفها ، مدة لاتعيش مثلها فيها فهلكت ضمنها ، وليس علفها واجباً عليه من ماله ، بل من مال مالكها من مراجعة الحاكم ، كما فى هرب الجمال ، فإن نهاه عن علفها فتركه عصى ، ولم يضمن ، كما لو قال اقتل دابتى فقتلها ، نعم إن كان بدابته علة فنهاه عن علفها فعلفها قبل زوال الداء ، فهلكت ضمن ، وإن أَودعه شيئاً من ثياب الصوف والخز والبسط وخيف عليه العَثّ[1] ، وكان نشرها للريح والشمس كافياً لزمه ، وإن لم يكفه إلا اللبس وإلا الاستعمال ، لزمه ذلك ، فإن لم يفعل ففسدت ضمن ، نعم ، إن نهاه المالك لم يضمن وكُرِه إهمالها .

وقوله : (وبأخذ لا بنية لانتفاعٍ ، فإن خلط بدله ، لا عَيْنه واشتبه فكُلاًّ كباقى مُتَّصلٍ أَتلفه عمداً) .

أَى : ويضمن الوديع ما يأْخذه من الوديعة بنية الانتفاع ، سواء انتفع به أَو ردَّه مكانه ، لا يسقط عنه ضمانه برده إلى مكانه ، فإن نوى أَن لا يردّه أَو الأَخذ للانتفاع فى أَثناء الوديعة لم يضمن ، أَو نوى حال أَخذها من صاحبها ضَمِنَ ، لأَن النيّة قارنت الأَخذ ، فإن كانت الوديعة دراهم فأَخذ منها درهماً ضمنه وحده ، إنْ لم يفض خَتْماً أَو يكسر قُفْلاً ، فإن فعل ذلك ضمن الجميع ، وإن نقله ورد بدله ، نظرت ؛ فإن اختلط بها ولم يتميز ضمن الجميع ، وإن تميَّز بعلامة أَو كان

---

(1) العث : السوس الواحدة عثة ويجمع على عياث أيضاً ويقال العثة الأرضة وهى دويبة تأكل الصوف والأديم وعث السوس الصوف عثاً أكله ، المصباح المنير / م .

المردود الدراهم بعينها لم يضمن الباقى ، وكذلك إذا أتلف جزءًا متصلاً من عينٍ ضمنه وضمن باقى العين حتى لو قطع يدا العَبْد عمداً فسرت منه ضمنه كله ، وإن قطعها خطأً لم يضمن إلا ما أتلف لأنه غير متعد .

وقــوله : (وبفَضِّ خَتْمٍ ، لا ركوب جَمُوحٍ) .

أى : ويضمن الوديعة المختوم أو المُقْفَلْ عليها بفض الختْم وفتح القفل على الأصح ، لتعديه ، ولا يضمن الدابة الجموح إذا ركبها الوديع لسقيها أو ليوصلها المكان المأذون فيه ، والجموح التى لا يمكن قودها إلا بعسر . وقد أهمل فى الحاوى مسألة فض الختم .

وقــوله : (وبمخالفة ، تلف بها ، كلا ترقدْ فَوقه ، فَرَقَدَ وسُرِقَ بصحراءَ من حَيثُ مَرْقَده ، قَبْلُ) .

أى : ويضمن المخالفة فى الحفظ ، فإذا أمره بحفظ الوديعة على كيفية فعدل عنها إلى غيرها ، فإن تلف بسبب عدوله ضمن وإلا فلا ، وإليه الإشارة بقوله : وبمخالفة تلف بها ، فإذا أوْدَعه مالاً فى صندوق مثلا وقال : لا ترقد عليه ، فرقد عليه فسرق من حيث الصندوق الذى كان مرقده لو لم يرقد فوقه ، فإنه يضمن ، كما إذا انكسر الصندوق بنقله ، ولو سرق من جانب لا يكون مرقده لم يضمن ، وكل هذا إلا إذا كان الصندوق فى الصحراءِ ، فأما إذا كان فى حرز فلا يضمن على الأصح إذا سرق ، لأنه لم يتلف بسبب المخالفة بل زاد إحرازاً

بالرقاد عليه وكذا لو قال لا تنقل الوديعة فنقلها إلى حرز كالأَول لم يضمن ، إلا إذا أُتْلفت بسبب النقل ، كانهدام عليها للبيت ، أَو سُرِقَتْ منه .

وقوله : (أَو اربط فى كمك فأَخذه بيده ، أَو ربط داخلها فضاع ، أَو خارجاً فطُرَّ ، لا بالعكس ، ضمِنَ لا إن غصب[1]) .

أَى : ومن المخالفة المضمِّنة ، ما إذا أَودعه دراهم ونحوها وقال اربطها فى كمك فأَخذها بيده ، فإِن ضاعت من يده بالسقوط لنوم أَو ذهول ، فإِنه يضمن بحصول التلف بالمخالفة ، إذ لو كانت مربوطة ماضاعت بذلك ، فإِن غُصِبت فى هذه الصورة لم يضمنها ؛ لأَن اليد بالنسبة إلى الغصب أَحرز من الربط ، ولو ربطها فى كمه وقد أَمر بالربط فيه لم يلزم إمساكها باليد ، لكن إذا جعل الخيط خارج الكُمِّ فأَخذها طرار[2] ضمن فيه ؛ لأَن فيه إظهاراً وتسهيلا لقطعهما على اللص ، وإِن ضاعت لم يضمن لأَنها إذا انحلت بقيت فى الكم ، وإِن جعل الرباط من داخل وضاعت ضمن ؛ لأَن بالانحلال تتناثر الدراهم إلى الأَرض ، فإِن طُرَّت لم يضمن ، وهذا معنى قوله لا بالعكس. هذا ما نقله الأَصحاب ، واستشكل من حيث إنه أَمر بالربط ولا يمكنه الربط فى الكم إلا داخلاً أَو خارجاً وكل منهما مضمن فى صوره على

---

(١) ظاهره رجوعه إلى كل من الصور الثلاث، وهو متجه لأن اليد أحرز من الربط ، بالنسبة للغصب ، وهنا فى الأصل بسط يتعلق بعبارة المصنف فراجعه ، وكل من التكة والجيب الضيق أو الواسع المزرور سواء الذى بجانب الطوق أو المتعارف ، لكن إن زر أوستر بفوقانى فيما يظهر أحرز من الكم فيقومان مقامه ولا عكس / ف .

(٢) الطرار هو الذى يقطع النفقات ويأخذها على غفلة من أهلها .

ما قالوا فكيف يضمن وقد فعل ما أمر ؟ قال الرافعى : وقضية هذا أَن يقال : إِذا قال : احفظ الوديعة فى هذا البيت فوضعها فى زاوِية منه ، فإِن هدمت عليها أَنه يضمن لأَنه لو كانت فى زاوية أُخرى لسَلِمتْ ، وقال : ومعلوم أَن هذا بَعِيد .

وقـوله : (وبتَضْيِيعٍ ، كأَن وَضعَ بدون حِرْزِهَا أَو نَسِيَ ، أَو دَلّ ظالِماً[1] ، أَو أُكْرِهَ فسَلَّمَ[2] ويَرْجعُ عَلَيْهِ ، وَوَجَبَ جَحْدٌ وجَازَ حَلِف ويُكَفِّر) .

أَى : ويضمن وديعته إِذا ضيَّعها ، لأَن عليه حفظها ، ومن التضييع أَن يضعها فى حرز ليس حرزاً لمثلها ، أَو يؤخر إِحرازها وقد تمكن منه ، وكذلك إِذا نسى الوديعة فتَلفت ضمِن ، لأَن التضييع كالإِتلاف يستوى فيه الناسى وغيره ، وكذلك إِذا دل على وديعته من يأْخذها بغير حق كالمصادر وسارق لم يضمن ، ولايضمن فى دلالة السارق إِلا إِذا عيَّن له مكانها وإِن أَكرهه الظالم على تسليمها فسلمها إِليه ضمن أَيضاً على الأَصح بخلاف ما إِذا أَخذها بيده أَو دله مكرهاً . قاله الماوردى : ثم القرار على الظالم فى حالتى الإِكراه والدلالة ؛ لأَن الوديع إِذا دَلّ الظالم عليها صار خائناً ضامناً له حكم الغاصب ، يرجع على المتلف ثم على الوديع إِن يجحد الوديعة على

---

(١) كسارق أو مصادر ، وعين له محلها ، فضاعت بذلك ، وإن أكره حتى دله على المعتمد ، لالتزامه الحفظ ، بخلاف ما لو ضاعت بغير ذلك أو لم يعين موضعها ، نعم إن قال لا تخبر بها فأخبر بها ، فسرقها مخبره أو مخبر مخبره ضمن ، وإن لم يعين المحل للمخالفة / ف .

(٢) أما إذا لم يسلمها فلا يكون طريقاً فى الضمان / ف .

الظالم فإن حَلَّفه جاز أَن يَحْلِف إن شاء . ويُكفِّر ، وإن يبذله وَيَغْرَمُ .
وقال بعض الشارحين :قول الأَصحاب وجاز أَن يحلف ، مقتضاه الوجوب كما قالوا : يجوز للمضطر أَكل الميتة ، والأَكل واجب وليس فى تصحيح الوجوب فى الوديعة ، لأَن الأَصحاب قد صرَّحُوا بأَنه لو حلَّفه أَنه بالعتاق مخير بين أن يدل عليها ويغْرم ، وأَن يحلف ويعتق عليه العبد ، وكذا ينبغى أَن يخير بين أَن يدل ويغرم ، وبين أَن يحلف ويكفِّر عن ماله ، وكيف يوجب على من أَودع درهماً أَن يحلف ويكفر عن يمينه بدراهم ، فإن سأَله الظالم عن مسلم ليقتله وجب أَن يحلف وإن كانت اليمين بالطلاق طلقت زوجته ، وإن كان قادراً على دفع الظالم عن الوديعة وجب ، فإن قصر ضمِن ، لأَنه التزم حفظها وقوله فى الحاوى[1] : أَو سلَّم مكرهاً : والقرار على الظالم ، ويخفى عليه ، ويحلف كاذباً ويكفر ، فيه أُمور :

أَحدهما : قوله : والقرار على الظالم ، الذى فهمه الشارحون ونصوا عليه أَن المراد بالظالم هنا المكرِه الذى سلم ذلك لا يختص بحالة الإكراه بل القرار عليه سواء سلمها إليه أَو دَلَّ عليها فأَخذها أَو سرقها وقد أَوضحناه قبلها .

الثانى : قوله : ويخفى عليه ويحلف ، جعلهما سواء فى الحكم وليس كذلك فإن الإخفاء واجب والحلف جائز كما أَوضحناه قبلها .

---

(١) وفى ح « أو سلم مكرها والقرار على الظالم ويخفى عنه ويحلف كاذباً وكفر » .

الثالث : كاذباً زيادة بيان لا حاجة إليه ، فنى قوله : ويحلف مع قوله ويخنى ويكفر ما نفى عنه .

وقوله : (وبتأْخيره ، بلا عذر ، إعْلاَمَ قابض أَذِنَ له ، وذى ثوب وقع فى داره ، وتخليته إن طلب) .

أَى : ويضمنْ الوديع بتأْخير طلب إعلام من أَمره المالك بردّها إليه ؛ لأَنه لما أَمر بتسليمها تنعزل الأَمانة الشرعية ، كأَمانة من أَلقت الريح ثوباً فى داره ، فإنه تجب المبادرة إلى إعلام مالكه حين يعرفه ، وكذلك يجب عليه أَن يخلى بين الوكيل وبين الوديعة إذا طلبها ، كما يجب ذلك بطلب المالك ، ولا يجب عليه مؤنة الرد إلى واحد منهما ، وكذلك صاحب الثوب لا يستحق بعد الإعلام إلا التخلية بينه وبين ثوبه ، إنما تجب المبادرة حيث لا عذر ، فإن كان عذر فإن دخل وقت الصلاة والوديعة بعيدة عن مجلسه ، فإنه يبدأ بالوضوء والصلاة ، وكذلك يَبْدأُ بِقَضَاءِ الحاجة والتطهير ، فإذا كان فى نحو حمام أَو ملازم للغريم يخاف هربه ، أَو كان ليلا أَو فى مطر فلا يلزمه الإعلام قبل إتمام ما هو فيه ، ولا التخلية ، نعم إذا جاءه ليلا وهى قريبة منه لزمته التخلية ، وإن كانت فى خِزَانَةٍ يعسر فتحها ليلا أُمهل إلى الصباح ولم يضمن . وقوله فى الحاوى : أَو طلب فأَخّر التخلية لا لإتْمام غَرَض فيه ، أَو قال رُدّ على وكيلى فتمكن ولم يرد ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : لا لإتمام غرض ، مقتضاه أَنه لا يعذر فى إنشاء

غرض ، ولاشك أنه إذا أراد قضاء حاجة الإنسان بدأ بها وتَطهَّر ، وإذا دخل وقت الصلاة ، والوديعة بعيدة عن مجلسه ، أنه يشرع فى الصلاة .

الثانى : أنه عمم الأَغراض ، وليس كُل غرض يشرع فيه الوديع ، يعذر فى إتمامه ، وإنما ذلك فى أَشْيَاءِ مخصوصة .

الثالث : أَوجب على الوديع التخلية للمالك والرد على الوكيل ، وعلى من أَلقت الريح ثوباً فى داره ، ولا يجب فى الجميع إلا التخلية ، لكن يجب إعلام الوكيل بالرد وصاحب الثوب ، ثم إن طالبا لزمه التخلية .

وقوله : (وبِجَحْدِ مَالِكٍ طلب ، وتُقْبَلُ بَيِّنة بردّه ، لا يمينه إنْ جحد أَصل إيدَاعٍ[1]) .

أَى ويضمن الوديع إذا طالبه المالك بالوديعة فجحده إياها ، وكذا إن سأَله عنها ولم يطلبها على الأَصح ، أَما إذا سأَله غير المالك فجحد لم يضمن وإن كان المالك حاضراً ، لأَن ذلك زيادة فى حفظها فإذا جحد الإيداع فأَقام المالك بيِّنة ، أَو أَقر وادعى الرد عليه أَو التلف لم يصدق . لكن إن أَقام بينة سمعت على الأَصح ، لاحتمال أَنه نسى ثم تذكر أما إذا كان جحوده لا ينافى ذلك ، بأَن قال : لا يلزمنى

(١) كلا تودعنى لتناقض كلامية ، وظهور خيانته ، لكن له طلب تحليف المالك ، فإنْ لم ينكر أصله كلا وديعة لك عندى حلف على الرد إذ لا تناقض ، مالم يعترف يوم الجحد ببقائها وقته ، فلا يصدق فى دعوى الرد ، إلا بيمينه ، ويصدق بيمينه فى أن التلف وقع بعد الجحود مطلقاً ، ثم يغرم البدل لخيانته / ف .

تسليم شئ إليك ونحوه ، فإنه يصدق بيمينه ، وإن شهدت إليه البينة بعد جحوده ضمن لأنها تلفت ، وقد صار خائناً ضامناً .

وقــوله : (وبأَخْذ من صبي وسَفِيهٍ لا حِسْبَة ، وهما بإِتلافِ وديعةٍ لا مبيعِ رشيد وقرْضِه) .

أى ويضمن بأَخذ الوديعة من الصبي والسفيه لتقصيره بالأَخذ ممن ليس أهلا بالإيداع إلا إن أَخذها حسبة خوف التلف عليها تحت يده فلا يضمن على الأَصح . كمُحْرِمٍ أَخذ صيداً من جارحة لتعهده فتلف لا يضمن على الأَصح ثم الصبي والسفيه إذا استودعهما مالا وأَتلفاه ضمنا ، لأَن المالك لم يسلطهما إلا على الحفظ ، بخلاف ما إذا اقترضا أَو اشتريا من رشيد لم يضمنا ، لأَن المالك سلطهما على الإتلاف بالتملك ، أَما إذا كان البائع والمقترض غير رشيد فإنه يضمن ، وهي واردة في الحاوى : وأَما ما تلف بآفة سماوية فلا يضمناه مودعاً كان أَو متملكاً .

الفىء

وقــوله : (باب[1] يُخَمَّس فَيْءٌ[2] حَصَلَ من كُفَّارٍ ، وغلة مَا وُقِفَ

---

(١) فى قسم الفىء والغنيمة ، والمشهور تغايرهما ، وقيل هما كالفقير والمسكين ، (بقصد إذا اجتمعا وافترقا وإذا افترقا اجتمعا) وقيل الفىء يشملهما ولا عكس ، وهى فعيلة بمعنى مفعولة ، من الغنم وهو الربح ،ولم تحل الغنائم لأحد قبل الإسلام ، بل كانت ، الأنبياء صلوات الله تعالى عليهم ، إذا غنموا مالا جمعوه ، فتأتى نار من السماء تأخذه ثم أحلت للنبى صلى الله عليه وسلم ، وكانت فى صدر الإسلام له خاصة ، لأنه للمقاتلين كلهم نصرة وشجاعة بل أعظم ثم نسخ ذلك واستقر الأمر على مايأتى / ف .

(٢) يقسم خمسة أقسام للآية السابقة من فاء إذا رجع ثم استعمل فى المال الراجع إلينا من الكفار وحكمة وصفه بالرجوع أن الله تعالى خلق الدنيا وما فيها للمؤمنين للاستعانة على طاعته ، فما بأيدى الكفار كالمغصوب ، سبيله الرد لمالكه والفىء مال واختصاص /ف .

مِنْهُ ، لمصلحةٍ ، فخمس للمصالح ، وللهاشمى وللمطلبى ، ذَكرٌ كأُنْثَيَيْنِ
ولليتيم بفقرٍ ، وللفقير والمسكين ، ولأبن السبيل) .

أى اعلم أَن المال الذى يحصل من الكفار ضرْبَان أَحدهما : الْفَىْءُ وهو ما يحصل بلا إيجاف ولا ركاب ، والثانى الغنيمة : وهو ما يحصل بإيجاف[1] ، ويدخل فى الفىءِ ما انجلى عنه الكفار خوفاً منا ، والجزية وما صولحوا عنه وعشر تجارتهم ومال مرتد ومال ذِمىٍّ مات ولا وارث له . وإذا كان مال الفىءِ عقاراً واقتضت المصلحة وقفه وجب وَقْفُه وَخُمِّستْ غَلَّته من جملة الفىءِ ، وإن اقتضت بيعه أَو قسمته الممكنة فلهم ذلك ، أَما سهم المصالح فلا يمكن قسمته فى أَهله فيوقف أَو يباع بحسب المصلحة وكذلك سهام الفقراء والمساكين واليتامى وابن السبيل ؛ لعدم تعيينهم بخلاف المرتزقة وذوى القربى ؛ لأَنهم مُعَيَّنُون. هذا هو الأَصح من العزيز والروضة ، إلا أَن آخر كلامهما كَادَ ما يناقض أَوله ، ثم الفىءُ يجعل خمسة أَسهم ثم يخمس الخمس فتكون القسمة من خمسة وعشرين سَهْمًا . منها سهم للمصالح وهو المضاف إلى الله تعالى ، ورسوله ، فى الآية الشريفة كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ينفق منه على نفسه وأَهله . ويصرف الفاضل فى المصالح ، فيصرف

---

(١) والمشهور عند الفقهاء أن معنى الغنيمة والفىء متغايران ، فالغنيمة شرعاً ما أخذت من الكفار بالقتال وإيجاف الخيل والركاب - والإيجاف الأعمال - وقيل الإسراع - وأما الفىء شرعاً فهو ما أخذ من الكفار من غير قتال كالمال الذى تركوه فزعاً من المسلمين والجزية والخراج والأموال التى يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة ، ونحو ذلك كمال المرتد إذا قتل أو مات وعشر تجارتهم ، والأصل فى الغنيمة قوله تعالى « واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه » الآية ٤١ من سورة الأنفال . وما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم يوم خيبر وتقسيمه للغنائم والأصل فى الفىء قوله تعالى « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى » الآية ٧ من سورة الحشر ، والأحاديث الواردة فى ذلك كثيرة /ف .

بعد موته إليها ، ولم يُورَثْ عنه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « نحن[1] معاشر الأَنبياءِ لا نُورَث. ما تركناه صدقة » وسهم لذوى القربى وهم بنو هاشم والمطَّلب ، وأَعاد اللام فى قوله وللهاشمى والمطَّلبى وعطف المطلبى من غير لام تنبيها على أَنه يصرف إليهم جميعاً مثل ما يصرف لأَنواع المصالح وكذا من عاد معه اللام ، صرف إليه سهم وهو خمس الخمس . واعلم أَن بنى هاشم وبنى المطَّلب وبنى عبد شمس وبنى نوفل ، وكلهم بنو عبد مناف وقد سَأَلَتْ بنو[2] عبد شمس وبنو نوفل النبى صلى الله عليه وسلم عن تخصيص بنى عبد المطلب مع استوائهم فى الْقُرْب فقال : إنما بنو هاشم وبنو المطَّلب شئٌ واحد ، وَشَبَّك بين أَصابعه ولم يفارقونا فى جاهلية ولا إسلام » ، وذلك أَنهم خرجوا مع بنى هاشم يوم الصحيفة فلذلك ميزهم النبى صلى الله عليه وسلم ، ويشترك فيه الغنى والفقير والصبى والكبير والقريب والبعيد للذكر مثل حظ الأُنثيين كالميراث ، فإن كان الحاصل قدراً لوُوزِّع عليهم لما سد مسداً ، قُدِّم الأَحوجُ فالأَحوج ، فتصير الحاجة معتبرة وإن لم تعتبر فى الأَصل ثم الانتساب بالآباءِ فَيُدْفَع لأَولاد البنات شىء ، وسهم لليتامى وهم كل صبى لم يبلغ الحلم مات أَبوه وإن بقى جده ، ويشترط فى اليتيم أَن يكون فقيراً ، لأَنه إذا منع لاستغنائه بمال الأَب ، فمنعه ، وقد استغنى بمال نفسه أَولى ، وسهم للفقراءِ والمساكين ، وسهم لابن السبيل ،

---

(١) وما روى عن أبى بكر الصديق حينما جاءته فاطمة الزهراء أنه صلى الله عليه وسلم قال « لانورث ما تركناه صدقة ص ٧٦ ح ٦ نيل الأوطار .

(٢) هذا الحديث رواه جبير بن مطعم قال : مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقلنا يارسول الله أعطيت بنى المطلب من خمس خيبر ونحن وهم بمنزلة واحدة – الحديث ص ١٢٠ ح ٢ بلوغ المرام .

وهو الخامس وسيأتى الكلام على هؤلاء فى الباب الذى بعده ، ويجوز أن يفاضل بين آحاد اليتامى والفقراء وابن السبيل ، لأنهم بقدر الحاجة بخلاف ذوى القربى ، ثم من فقد من هذه الأصناف وُزِّع نصيبه للباقين كما فى الزكاة ، وقوله فى الحاوى وغلة عقارهم بعد أن وقف قال القونوى : ظاهره الجزم بأنه تعين الوقف ، وليس كذلك بل إن رأى الإمام قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها فله ذلك ، انتهى كلامه . قلت : ويوهم أن غَلَّة العقار ، لا تُخَمَّس حتى يوقف وإن كان لم يرد بذلك .

وقوله : (والباقى وكان[1] له عليه السلام للمقاتلة ، كُلٌ كفايتُه ، وزوجاته وولده ، وعبيد حاجته ، وإن عجز ، فإن مات أعطوا بعده حتى تنكح أُنثى ، ويستقل ذكر) .

أى والباقى بعد الخمس وهو الأخماس الأربعة للمقاتلة وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فى حياته مضمومة إلى خمس الخمس وهى بعده تصرف إلى المرتزقة المرصدين للجهاد ويعطى كل رجل منهم كفايته وكفاية من فى نفقته من ولد صغير وكبير وزوجة من نفقة وكسوة وسائر المؤن ، ويراعى الزمان والمكان ، وما يجرى من رخص وغلاء ، وقدر حال الشخص وطُعْمِ البلد ، ويعطيه ما يحتاجه لكفاية زوجاته ، فإن زاد جديدة زاده فى العطاء ، فإن كان ممن يخدم أعطاه كفاية عبد واحد بل يشترى له إذا احتاج إليه ، قال الرافعى :

---

(١) فى حياته مضموماً إلى خمس الخمس أى كان يجوز له أخذ الأخماس الأربعة لحصول النصرة به ، لكنه لم يأخذ لنفسه إلا خمس الخمس ، كما مر / ف .

وأما عبيد الجهاد فيعطيه لهم ، وإن كثروا ، قال النووى : قلت كذا هو منقول وإنما يقتصر فى عبيد لخدمة على واحد إذا حصلت به الكفاية ، وأما من لا يحصل كفايته إلا بخدمة العبيد فَيُعْطَى لمن يحتاج إليه ويختلف باختلاف الشخص ، وإن عجز المقاتل بأَن جُنَّ أَو مرض أَو أَيِسَ من زوالهما أَو هرم ، فالأَصح أَنه يُعطى ، فإذا مات المقاتل أُعطى كل من فى نفقته على الأَصح حتى تتزوج الزوجة والبنت ويستقل الذكر ، بأَن يثبت اسمه فى الديوان أَو يخرج إلى حرفة أُخرى حتى يستقل المجاهدون بالاكتساب لمن بعدهم عن الجهاد ، وقوله فى الحاوى : والباقى للمقاتل قدر حاجته وزوجاته وولده ، وعبده وإن مات إلى أَن تنكح النساءُ ، ويستقل البنون ، وقوله فيما بعد : وَبِضِعْف أَو جنرن أَيِسَ منه ، فيه أُمور .

أَحدها : قوله وعبد قال شراحه ، نكر العبد لأَنه يجوز أَن يُعْطِى إلى نفقة عَبْدٍ واحد للخدمة إن كان ممن يُخْدم وقد بينا ما قاله الرافعى ، والنووى فى جواز إعطائه إذا احتاج إليهم .

الثانى : قوله قدر حاجته وزوجاته وإن مات لا يَعْنِى أَنَّ قَدْرَ حَاجته وحاجة من يمونه يبقى لمن يمونه بل يعنى يبقى قدر حاجة من يمونه فقط .

الثالث ، قوله : وَبِضِعْفٍ أَو جُنُونٍ أَيس منه الأَصح أَنه يعطى هو فى حال حياته أَولى ، كما ذكره فى العزيز والروضة .

وقوله : (وَقِسْطُهُ لِمُدَّةٍ مِنْ مَال جُمِع لوارثه) .

أَى وَقِسْطُ الذى مات بعد مدة له فيها مستحق يصير لوارثه ، كطريق الإرث بالإعراض عنه ، سواءُ مات بعد استكمال المدة المضروبة أَو فى أَثنائها ، وإنما يستحق إذا جمع المال فإن مات قبل جمعه وتحصيله ، لم يستحق شيئاً وإن مات بعد كمال المدة .

وقوله : ووَضَعَ ديواناً ، وَنَدْبًا قَدَّمَ قُرَيْشًا ، الأَقرب فالأَقرب ، ثم الأَنصار ثم العرب الأَسَنُّ ، ثم الأَسبق إِسْلَاماً ، وهجرة[1] ، ونصب عرفاءُ .

أَى ويضع ديواناً يثبت فيه أَسماء المقاتلة ولا يجوز أَن يثبت فيه اسم صبى أَو مجنون ولا امرأَة ولا عبد ولا ضعيف لا يصلح للغَزْوِ[2] كالأَعمى والزَّمِن ، وإنما هم تبع للقاتل ، إذا كانوا فى عياله يعطى لهم . وإنما يثبت الرجال المطيقون المستعدون للغزو ، ويستحب للإمام أَن يقدم فى الإِعطاءِ وفى إثبات الاسم فى الديوان قرشياً على سائر العرب لقربها لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويقدم من قريش الأَقرب فالأَقرب ، فيقدم بنى هاشم وبنى المطلب لما بيناه أَن النبى صلى الله عليه وسلم جعلهم فى رتبة واحدة . ثم يقدِّم بعدهم بنى عبد شمس ونوفل أَخَوى هاشم ، ويقدم بنى عبد شمس لأَنه أَخو هاشم من أَبويه ونوفل أَخوه من الأَب ، ثم بنى عبد العُزَّى ، ثم بنى عبد الدار لأَنهما من قُصَىٍّ ويقدم عبد العزى ، لأَنهم أَصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان

---

(١) هذا ما فى أصله كالرافعى ، والمعتمد ما فى الروضة ، أنه عند الاستواء يقدم بالسبق فى الإسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالهجرة ، ثم بالشجاعة ثم يتخير الإمام، ثم بعد العرب العجم، ولم يذكراه جريا على أنهم كلهم فى مرتبة واحدة ، والمعتمد خلافه كما بينته ثم / ف .

(٢) فى (ب) لايصلح للفر ، يريد بذلك الكر والفر فى الحرب ، وهما بمعنى تقريباً /م .

خديجة رضى الله تعالى عنها ، ثم يقدم بنى زهرة وهو أخو قُصَىَ ، وعلى هذا . ثم بعد قريش الأَنصار لآثارهم الجميلة فى الإسلام ثم سائر العرب ، وإذا تساوى اثنان فى الرتبة قدَّم أَسَنَّهما ، فإن استويا فى السن فأَقدمهما إسلاماً وهجرة . ثم بعد العرب العجم ومن عرف نسبه منهم وله سابقة فى الإسلام قدم بها ، وإلا فالتقديم فيهم بالسن وبالفضائل ، ويستحب للإمام أَن يُنَصِّب عُرفاء فيجعل فى كل عددٍ يراه عَرِيفًا يعرض عليه أَحوالهم ويجمعهم متى شاء ، وقوله فى الحاوى[1] : قدم ندباً بالهاشمى والمطَّلبى إلى قوله : ونَصَّبَ لكل جمع عريفاً ، فيه أَمران .

أَحدهما : أَنه لم يذكر الأَنصار وترتيبهم ، بعد قريش وقبل بنى عبد العُزَّى عند الأَكثرين ، وظاهر النص والسرخسى ، وليس كذلك لأَنه سَوَّى بينهم وَبَيْنَ سائر العرب والسرخسى يقدمهم على سائر ولد عدنان .

الثانى : أَنه عطف قوله ونصب لكل جمع عريفاً على قوله : ويضع ديواناً يَحْصِيهم ، فأَوهم أَنهما فى الحكم سواءٍ ، ونصب العريف مندوب إليه ، ووضع الديوان لازم ؛ لأَنه لا سبيل إلى معرفتهم إلا به .

وقـوله : (وفرق متى شاء ، وَرَدَّ ما فضل فيهم ، أَو فى مصلحة حرب) .

---

(١) وفى ح « قدم ندباً الهاشمى والمطلبى ثم الأقرب من الرسول عليه السلام ثم العرب ثم الأسن ثم الأسبق إسلاماً وهجرة ويفرق متى شاء ويضع ديواناً يحصيهم ونصب لكل جمع عريفاً » .

أَى يفرق الإمام أَرزاق المجاهدين من السَّنة أَولها أَو وسطها أَو آخرها ، وهى أَولى من التفريق كل أُسبوع أَو كل شهر ؛ لأَن ذلك قد يشغلهم عن الجهاد ، ولأَن الجزية وهى معظم الفىء ، لا تُؤخذ فى السنة إلا مرة واحدة ، إلا إن رَأَى المصلحة فى ذلك ، فإذا قَسَّم عليهم على قدر حاجة كلٍّ ، ثم فضَل شىءٌ رُدَّ الفاضل فيهم على قدر حصصهم كما يرد الميراث فى ذوى الفروض . وللإمام أَن يصرف بعض الفاضل إليهم ، وبعضه فى مصالح الحرب ، كَسَدِّ الثغور وشراءِ السلاح والكراع ؛ لأَنه من مصالحهم .

الغنيمة

وقــوله : (وما حصل بإِيجاف ، فلمسلم خاطر لا رام من صفٍّ ، سَلَبُ من أَسر أَو أَزال منعته ، محارباً ، من سلاح وزينة ونفقة ، ومركب وجنيبة مما معه ، وعدتها ، لا حَقيبَةٌ ورقبتُه ولا بَدَلُه[1]) .

أَى المال الذى يحصل بإِيجاف الخيل وغيرها ، يعنى الغنيمة التى سبق ذكرها سواءٌ أُخذ منهم فى حالة القتال أَو استولى عليه بعد الهزيمة عن القتال ، وكانت فى أَول الإِسلام للنبى صلى الله عليه وسلم ، وعلى ذلك يحمل إِعطاؤه منها من لم يشهد الواقعة ، فأَول مايخرج منها السَّلَبُ ، فإِنه يختص[2] به مستحقه ، فلا يخمسه ، ومستحقه مسلم

---

(١) أى فداء فلا حق فيهما ، بل هما للمسلمين إذ لا يسميان سلباً » /ف .

(٢) المسلم حراً كان أو عبداً ذكراً كان أو أنثى صبياً كان أو بالغاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه » رواه الشيخان ، وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال : « من قتل كافراً فله سلبه » فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ص ٢٦٢ حـ ٧ نيل الأوطار .

خاطر بنفسه فى قتل كافر ممتنع حال كونه محارباً ، سواءٌ مقبلا كان أو مدبراً ، لأَن المدبر[1] فى حالة الحرب كالمقبل ؛ إذ الحرب كَرٌّ وَفَرٌّ ، فأَما قاتل المدْبِر بعد هزيمة الكفار ، فلايستحق سلبه ؛ وكذلك لا يستحقه من لم يُغَرِّر بنفسه ، كالرامى من صف إلى صف ، والاسحقاق بكفاية شره أو أَسره أو أَزال منعته بأَن أَعماه ، أَوقطع يديه أَو رجليه أَو يدا ورجلا ، أَو أَثخنه ضرباً وطَعْنا ، سواءٌ كان الكافر المقاتل عبداً أَو حراً أَو صبياً أَو امرأَة ، وكذلك إذا كان المقاتل المسلم ، فإن كان المقاتل ذمياً لم يستحق السَّلَبَ – وإن قاتل بإذن الإمام.
أَما السلب : فهو : كل ما مع المقاتل من ثياب بدنه وخف ونحوه ، وما عليه من آلة الحرب ، وكذا ما عليه من الزينة كالطوق والسوار ، وما معه من المركوب وما عليه من العُدَّةِ كالسرج واللجام والزينة ، وكذلك ، لو قاتل راجلا ، وهو ممسك عنانه ، لأَنه مُعَدٌّ له وكذلك الجنيبة التى تجنب معه ، فإن كان معه جنائب استحق واحداً منها فقط ، ولهذا قال وجنيبة مما معه ، وأَما الحقيبة المشدودَةُ على فرسه وما فيها من القماش والحوائج فلا حق له فيها كالمتخلف عنه فى منزله ، ولا حق فى رقبته لمن أَسَرَهُ ، ولا فى بدله ، إن بيع أَو فُودى.

وقوله : (ثم قُسِمَ[2] وعقاراً ، الخُمس لأَهله ، والباقى لمن حَضَرَ

---

(١) عن أبى قتادة قال : خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين ، فاستدرت حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل على فضمنى ضمة وجدت منها ريح الموت فأرسلنى إلى أن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » فقمت فقصصت القصة ، فقال رجل : صدق يارسول الله ، قال : فأعطه فأعطانيه فاتبعت به مخرفاً فى بنى سلمة فكان أول مال تأثلته فى الإسلام ، والمخرف البستان والمخرف بكسر الميم ما يجنى فيه الثمار ض ٢٦١ ح ٧ نيل الأوطار.

(٢) أى بعد أخرج السلب والمؤن اللازمة نحو حمال وحارس حيث لا متطوع /ف.

لحربٍ ، ولو أَسيراً عاد وكافراً أَسلم ، لا مِنْ مُحْرِزٍقَبْله ، وإن مرض وَتَحَيَّزَ إلى فئة قريبة ، أَو مات فَرَسُه لا هو).

أَى ثم يقسم ما حصل من الغنيمة بعد إخراج السلَب ، فَيُخَمَّس كما يُخَمَّس الفىء ، والباقى بعد إخراج السلب والخمس منه لمن شهد الواقعة بنية القتال ، سواءٌ قاتل أَم ، لا للحديث[1] « الغنيمة لمن شهد الواقعة » سواءٌ كانت الغنيمة عقاراً أَو منقولا فإنه يقسم لإطلاق الكتاب والسنة ، ويستحب قسمتها فى دار الحرب كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم ، ومن حضر بعد انقضاءِ القتال ، وحيازة المال لم يستحق شيئاً ، وكذا قبل حيازته على الأَصح ، والأَسير العائد إلى المسلمين إذا شهد الحرب استحق سواءٌ أُسر من هذا الجيش أَوْ من غيره وسواءٌ قاتل أَم لا ، وكذلك إذا أَسلم كافروخرج إلى المسلمين وشهِد الواقعة يعطى وإن لم يقاتل ؛ لأَنه قصد لإِعلاءِ كلمة الله وشهدالواقعة فيقبح حرمانه ، وإنما يستحق هذان[2] مما يحصل بعد حضورهم[3] ، أَما ما أَحرز قبلهما فلا حق لهما فيه ، ثم من استحق بشهود الواقعة فمرض فى أَثناءِ القتال أَو خرج استحق إن رُجى شِفَاؤُه ، وكذلك إن لم يرج على المذهب ، وإن حضر وانهزم نُظر ، فإن قصد أَن ينحرف للقتال شارك الجيش ، وكذا إن تحيَّز إلى فئة قريبة فيشاركهم حتى فيما

---

(١) المروى بن عبادة من الصامت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بهم فى غزوتهم فلما سلم قام إلى بعير من المقسم فتبادل دبره بين أنملتيه فقال : إن هذه من غنائمكم وأنه ليس لى فيها إلا نصيبى معكم إلا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيط وأكبر من ذلك وأصغر » رواه احمد فى المسند ص ٢٦٠ ج ٧ نيل الأوطار .

(٢) الأسير والكافر الذى أسلم وخرج إلى المسلمين وشهد الواقعة /م .

(٣) الأولى بعد حضورهما أى الأسير والكافر الذى أسلم / م .

حازوه بعده ، فإن هرب ، ثم ادعى أَنه تحيَّز إِلى فئة فقد قيل: إنه يصدق بيمينه ، والأَرْجَحُ أَنه لا يصدق إلا إن عاد قبل انقضاءِ القتال فيشارك فيما حازه الجيش ، وإن حضر الواقعة فمات فرسه لم يسقط حق فرسه ، وإن كان هو الميت سقط حَقُّه على المذهب ، والفرق أن الفرس تابع . وقوله فى الحاوى[1] ثم الخُمس كما مرَّ إلى قوله : والكافر إن أَسلم ، فيه أُمور :

الأَول : ثم الخمس كما مَرَّ ، لو قال لمن مرَّ كان أَولى ، لأَن الخمس والفيء ، لا يجوز عنده أَن يكون من العقار بل من غلته بعد أَن يوقف كما ذكروا ، هذا يقسم عقاراً ، فذوى القربى يأْخذون سهمهم عقاراً والباقى فى نظر الإمام .

الثانى : قوله والباقى بالعقار لشاهد الحرب يوهم أَن الباقى مع العقار كله لشاهد الحرب ، وإن لم يرد ذلك ، وإنما أَراد والباقى مع العقار الباقى .

الثالث : قوله الأَسير العائد ، والكافر إذا أَسلم ، وعطفه على قوله لشاهد الحرب فاقتضى أَنه يسهم لهما وإن لم يَشْهَد الحرب وليس كذلك ، بل لابد من شهوده .

الرابع : إطلاقه فى الأَسير العائد ، أَو الكافر إذا أَسلم سهم له

(١) ح « ثم الخمس كما مر وماشرط الأمير باجتهاده لمتعاطى خطر من مال لمصالح المعد أو المأخوذ بعد والباقى بالعقار لشاهد الحرب له وإن مرض أو خرج ليتحيز إلى فئة قريبة أو مات فرسه لا هو والأسير العائد والكافر إن أسلم » .

من مال الغنيمة مطلقاً ، وليس كذلك بل ما أُحْرِزَ بعد حضورهما كما ذكره فى العزيز والروضة .

وقوله : (ولا أَجير عَيْنٍ ، وتاجر وَمُحْتَرِفٌ ، إلا إن قاتلوا ، وطرد مُخَذِّلٌ ومنع) .

أَى إذا استأْجر الإمام أَو أَحد الغزاة رجلا لخياطة أَو لسياسة الدواب ، أَو غير ذلك فحضر القتال ، وادعى أَنه حضر للقتال ، نظرت : فإن كان مستأْجرا على عمل فى الذمة صدق وأُعطى ، لأَنه يمكنه أَن يستأَجر من يعمل عنه ، وإن استأْجر عينه لذلك لم يصدق أَنه حضر للقتال ، نعم إنْ قاتل استحق وعلمنا أَنه حضر له ، واعلم أَن الرافعى[1] فى الوجيز قال : إن كانت لعمل فى الذمة بغير تَعْيين مدة أَعطى قطعاً ، وإن تعلقت بمدة مُعَيَّنَة باستئجاره شهراً ، فالأَظهر أَنه إن قاتل أَسهم له وإلا فلا ، قال فى المهمات[2] لابد فى المسأَلة من شرط وهو أَن تكون الإجارة على العين ؛ لأَن العمل إذا كان ديناً فى الذمة صح أَن نقيم فيه غيره . فقول صاحب المهمات لابد فى المسأَلة من شرط آخر ، فيه أَمران :

الأَول أَن الرافعى فرض المسأَلة فيما إذا كانت لعمل فى الذمة فكيف يتصور أَن يؤيد فى الإجارة على العمل فى الذمة شرطاً آخر وهو أَن تكون الإجارة على العين .

---

(١) أى فى شرح الوجيز المسمى « فتح العزيز » راجع ص ٧

(٢) للأسنوى .

الثانى : أَنه إذا كانت الإجارة على العين سواءٌ قدرت بالمدة أَو بالعمل ، فالعمل مستحق عقيب العقد لا يجوز تأْجيله فلا يحتاج إلى الشرط الأَول وهو تعيين المدة ، والذى قاله الرافعى : إن الإجارة على العمل فى الذمة إذا تعلقت بمدة معينة لا يعطى صاحبها إلا إذا قاتل ، اعتراض صاحب المهمات عليه صحيح ؛ لأَن العمل إذا كان فى ذمته صح أَن يقيم فيه غيره ، وإن كانت المدة معينة ، فالتقييد بإجارة العين كافٍ ، وقد أَهمل هذا القيد فى الحاوى . واعلم أَن التاجر والمحترف كالحداد والخياط ومن يكتسب فى الجيش لا يصدقون أَيضاً أَنهم حضروا للقتال حتى يقاتلوا فيعلم أَنهم خرجوا لذلك فيعطون ، وأَما الْمُخَذِّلُ وهو من يكثر الأَراجيف بقوة العدو وشدة الحر وما فى معناه ، مما يَثَبِّط به الجيش ويضعف هممهم فإنَّه لا يعطى شيئاً ، بل يجب طرده من الجيش .

وقوله : (والجيش الغازى وسراياه شركاء) .

أَى إذا دخل الإمام أَو نائبه دار الحرب وبعث سرية من الجيش فغنمت شاركها الجيش وشاركته ، وكذلك إذا بعث سرايا فكل منها شريك الآخر وشريك الجيش ؛ لأَن الجيش كالجامع لهم ، وشرَط الغزالى أَن يكون الجيش بالقرب من السرية ، بحيث يلحقهم مَدَدُه وعونُه إن احتاجوا ، قال الرافعى : ولم يتعرض أَكثرهم لذلك بل اكتفوا باجتماعهم فى دار الحرب ، وأَما إذا بعث الإمام سرايا من بلاد الإسلام فكل سرية مستقلة بنفسها ، ولا يشاركها الجيش المقيمون ، وقوله فى

الحاوى[1] : ويشارك الغنيمة السرية جَيْشُ الإمام المرصد بالقرب للنُّصْرة فيه أُمور .

أَحدها : أَنه ذكر أَن الجيش شارك السرية فيما غنمت ولم يذكر أَن السرية تشاركه فيما غَنِم .

الثانى : لم يذكر أَنه إذا بعث الإمام من الجيش سرايا أَن كلا منها تشارك الجيش والأُخرى ولابد من ذلك .

الثالث : أَنه اشترط أَن يكون الجيش قريباً مترصدا للنصرة ، وقد بينا أَن ذلك غير مشروط عند الأَكثرين .

وقــوله : (لراجل سهم ، وذى فرس ، لا رَازح وإن غَصَبَهُ لا مِمَّن حَضر ثلاثة ، وباجتهاد رَضخ[2] لغير فرسٍ ولذمى أُذِنَ له ولم يستأَجره ، وعَبْدٌ وصَبِىٌّ وامرأَة أَقل من سهم) .

أَى : إذا قسمت الغنيمة أَعطى الرَّاجل سهما واحداً ، ولا ينقص منه إن زاد على كفايَتِه ، ولا يزاد عليه إن نقص ، ويفضل عليه الفارس بسهمين للفرس ، فيعطى ثلاثة أَسهم سواء كان الفرس عربياً أَو أَعجمياً وهو البرذون ، أَو هجيناوهو العربى ابن العجمية ، أَو مقرفا وهو عكسه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « الخيل[3] معقود فى نواصيها

---

(١) وفى ح « وشارك فى غنيمة السرية جيش الإمام المترصد بالقرب للنصرة » .

(٢) الرضخ : العطية القليلة . يقال : رضخت له مالى رضيخة وهو القليل وفى حديث عمر : أمرنا لهم برضخ .

(٣) وللاتباع رواه الشيخان ، ولأنه عليه الصلاة والسلام « فعل ذلك يوم خيبر » رواه ابن ماجة ، وفى رواية لأبى داود « سهم للراجل وللفارس ثلاثة أسهم ، سهمين لفرسه وسهم له » وفى لفظ للبخارى « جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما » ، وفى رواية ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم « قسم يوم خيبر للفرس سهمين وللرجل سهما » رواه البخارى ومسلم ص ٢٦٠ ح ٧ نيل الأوطار ، وحديث « الخيل معقود لح » ص ٣٠٥ ح ١ صحيح الترمذى .

الخير إلى يوم القيامة » الأَجر والمغنم سواء كان الفرس ملكاً للفارس ، أَو عارية أَو إجارة أَو غصبا ، وهذا إذا لم يشهد مالكه الواقعة ، أَما إذا شهدها فهو تابع له ؛ لأَن من شهدها أَعطى للفرس وإن لم يقاتل عليه كما ذكره فى الروضة ، ولا يسهم للفرس الرَّازح وهو شديد الهزال والعجف ، وكذا الكسير والهرم والصغير والضعيف ، وأَما غير الفرس من الفيل والبعير والبغل والحمار فيسهم لراكبها ويرضخ لها لأَنها لا تصلح للكر والفر ، فيرضخ للحمار دون البغل والبغل دون الفيل ، ولا يبلع له سهم الفرس ، ويرضخ للعبد والصبى والمرأَة ، وكذا الذمى إذا خرج بإذن الإمام وإلا فلا ، وهذا إذا لم يستأْجر فإن استُؤْجر لم يستحق غيرها ، ولا يبلغ بالرضخ سهم الراجل وإن كان فارساً ولكن يزاد فى الرضخ على مثله الراجل ، وهذا الرضخ للجميع باجتهاد الإمام ، وقوله فى الحاوى : وللعبد والصبى والمرأة والذمى – إن أَذن الإمام – سهم ناقص بتقدير الإمام ، ولراكب فرس ملك وغيره ، لا أَعجف ثلاثة أَسهم ولغيره واحد ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : والذمى إن أَذن له ليس على إطلاقه ، بل ذلك إن لم يستأَجر ، وإلا فلا يستحق إلا الأُجرة .

الثانى : ملك وغيره دخل فيه المغصوب وهذا إذا لم يشهد مالكه الواقعة ، أَما إذا شهد صاحبه الواقعة فالسهم له كما سبق بيانه.

الثالث : قوله : لا أَعجف ليس كل أَعجف يمنع وإنما يمنع الرازح من العجف .

الرابع : أَو لغير واحد ، أَراد بالغير الراجل وراكب الفيل ونحوه ، ولم يبيِّن أَنه يرضخ لهذه الركائب والأَصح أَن الرضخ مستحق لا مستحب .

وقـوله : (وشرط المخاطر أَجراً ، من حاصل المصالح ، وكذا مما يحصل إنْ قدّر يُجْزى) .

أَى : باجتهاد شرط الإمام ، أَشار بهذا إلى النَّفَلَ ، وهو زيادة شرطها الإمام أَو نائبه لمن ارتكب فى نكاية العدو أَو فى مصلحة المسلمين خطراً ؛ حيث تدعو الحاجة إليه ، وسواء كان المخاطر واحداً أَو جماعة فيفعل الإمام باجتهاد على خطر العمل ، ومحل النَفَل سهم المصالح ، فإن شرطه من مالها الْمُعَدِّ فلابد من تقديره كسائر الأَعواض ، وإن كان من سهم الذى يحصل فى الغنيمة قدر بالجزئية ، فيقول ربع ما يحصل من سهم المصالح أَو نصفه أَو خمسه على مايراه الإمام ، وقد أَطلق فى الحاوى : كونه من مال المصالح الْمُعَدِّ أَو المأْخوذ ، ولم يُبَيِّنْ أَن الأَول يقدر وأَن التقدير فيما يستقيم بالجزئية .

وقـوله : (وقسمت كلاب عدداً ، وإلا أَقرع) .

أَى إذا كانت فى الغنيمة كلاب ينتفع بها للصيد والزرع ونحوه فأَخذها بعضُهم ولم ينازع ترك ، وإن نوزع فيها وكانت بعددهم اقتسموها عدداً ، وإن لم يكن بعددهم أَخذها بعضهم بالقرعة .

قسم الصدقات

وقــوله : (باب[1] : الزكاة للفقير ، مَنْ عَدِمَ ما يَسُدُّ مَسَدًّا من مال ، وقريبٍ وزوجٍ وكسب ، لأَمْزْر ومانع نفقة ، وللمسكين ، من وَجَدَه ولم يَكْفه ، فَيُغْنى كل ، وصُدّقَا ، لا فى تَلفٍ وولد ولا يمين) .

أى اعلم أن المراد من هذا الباب بيان مصارف الزكاة ، قال الله تعالى (إِنَّمَا[2] الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ . الآية) فهم أصناف ثمانية :

الأَول : الفقراء وكل من لا يجد ما يسد مسداً من حاجته فهو فقير ، فمن يحتاج عشرة وله دِرْهَمَان أو ثلاثة فهو فقير ؛ لأَنها لا تسد مَسَدًّا من حاجته ولا تقع موقعاً من كفايته ، وكذا لو مَلَكَ داراً يسكنها أو ثوباً يتجمل به أو عَبْداً يخدمه لا يزول اسم الفقير عنه ، قال الرافعى ، ويمكن أن يقال : إن المال المستغرق بالدين كالمعدوم ، وفى الفتاوى للبغوى : أنه لا يعطى حتى يصرفه فى الدَّيْن ويعطى من ماله بعبد أو دين مؤجل حتى يصل إلى ماله ويحل دينه ، وإذا كان للفقير قريب يلزمه نفقته أو كان لها زوج غنى فلاحق لهما ، أى من سهم الفقراء من الزكاة ولا من الموقوف عليهم ولا الموصى لهم به ،

---

(١) فى قسم الصدقات : أى الزكاة على مستحقيها ، والزكاة : القدر المخرج من المال على الوجه السابق لأصناف ثمانية بنص قوله تعالى : « إنما الصدقات للفقراء الآية » ٦١ من سورة التوبة ، وأضيفت فيها الأربعة الأول بلام الملك ، إشعاراً بإطلاقه فيهم ، وإلى الأربعة الأخيرة بفى الظرفية إشعاراً بتقييده فيهم ، حتى إذا لم يحصل الصرف فى مصارفها استرجع بخلافه فى الأول على ما يأتى / ف .

(٢) آية ٦١ من سورة التوبة .

وإن نَشَزتْ المرأة لم تُعْطَ على الصحيح ؛ لأَنَّها قادرة على الرجوع ، إلا إذا كان نشوزها بالسفر فإنها تعطى ما يوصلها بَعْد بَذْل الطاعة ، ومن قدر على الكفاية بالكسب وكان لا يَرَى [الاكتساب] لم يعط ، إلا إذا كان يشغله عن النفقة فى [طلب] العلوم الشرعية ، فإنه يعطى ليتفرغ لذلك ؛ لأنه من الفروض وإن شغله عن الشغل بالصلاة والصوم و[طلب] لم يعط بل يكتسب ، والاكتساب أفضل من التخلى للعبادة اتكالا على السؤال ، ولا يرفع عنه اسم الفقير قدرته على اكتساب لا يليق بمنصبه .

الثانى : المسكين : وهو من يجد ما يسد من حاجته لكنه لايكفيه ، فمن احتاج إلى عشرة [فوجد]سبعة أو ثمانية فهو مسكين ، ولا فرق بين أن يملك نصاباً أو أقل أو أكثر ،والمسكين عندنا أَحسن حالا من الفقير ، بدليل قوله تعالى : (أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمسَاكِينَ[1]) لقوله[2] صلى الله عليه وسلم : «اللهم أحينى مسكيناً وأمتنى مسكيناً» مع أنه كان يتعوذ من الفقر ، وليس المراد بالحاجة الطعام فقط ، بل يلحق اللبس والمسكن وسائر مالابد منه من غير تقتير ولا إسراف : ثم يُعْطى كل من الفقير والمسكين ما يغنيه فى عمره الغالب عن السؤال ، ويختلف ذلك باختلاف الناس ، فيعطى التاجر رأْس مال على قدر تجارته ما يكفيه ربحه غالباً ، والمحترف يعطى ما يشترى به الآلة ، وتُشْتَرى لمن لا حرفة له ولا تجارة أَرضٌ تكفيه غَلَّتُها ، ومن ادعى الفقر

---

(١) الآية ٧٩ من سورة الكهف .

(٢) أى مع تعوذه عليه الصلاة والسلام من الفقر ص ١٥٨ جـ ٤ نيل الأوطار .

والمسكنة صدق بلا يمين ، فإن عُرِفَ له مال وادعى تلفه أو ادعى الفقير عيالا لم يصدق فيهما إلا ببينة، وقوله فى الحاوى : وبقولهما كفاية سنة وحلف ندبا إن اتهم ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : أَنهما يعطيان بقولهما ليس على إطلاقه ، بل إذا ادعيا ذلك ، ولم يعلم لهما مالٌ أَما إذا كان قد عُلِمَ لهما مَالٌ فادعيا تلفه لم يقبل قولهما ، إلا ببينة ، ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : قوله : كفاية سنة هذا أَوجه ، والأَصح أَنه يعطى كفاية العمر كما قاله العراقيون ، نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى ، نقله الشيخ أَبو منصور[1] المقدسى عن الأَصحاب .

الثالث : قوله : وحلف ندْباً إن اتهم ، الأَصح فى العزيز والروضة ، لا يحلف ، بل قال : فإذا قلنا يحلف فهل هو مستحب أَوواجب وجهان ، فهذا كما قاله ابن النحوى وجه على وجه .

وقوله : (وللعامِلِ أَجرُ مثلٍ ، كساعٍ فقيهٍ أَهلٍ للشهادات وكاتب لا إمام وقاض) .

أَى : والزكاة للعامل أَيضاً ، وهو ثالث الأَصْنَاف ، فالعامل لايستحق فى الزكاة إلا بالعمل ، حتى لو حملوا زكاتهم بأَنفسهم إلى الإمام بطل

---

(١) الشيخ أبو منصور أحمد بن عبد الوهاب بن موسى الشيرازى . الشيخ أبو منصور الشافعى الواعظ تفقه على أبى إسحاق الشيرازى ، قال ابن النجار : سمع أبا الحسن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل السراج وأبا محمد بن الحسن بن على الجعبرى وغيرهما ،وروى عنه أبو الفضل بن طاهر الحافظ وغيره ، ولد سنة ٤٣٦هـ وتوفى سنة ٤٩٣هـ ج ١١/٣ طبقات الشافعية الكبرى .

اسمه[1] ، وليس له منها إلا أجرة المثل ، فإن سماها لهم الإمام قبل الخروج فذاك ، وإن سكت استحقوها ، وإن كان قد سماها لهم أكْثَرَ من أُجرة المثل بطلت التسمية ، ثم ما زاد على الأُجرة رُدَّ على الأَصناف ، وما نقص منها كُمِّلَ من سهامهم ، فمن جنسِ العامل : الساعى وأَعوانه وهم : الكاتب والقاسم والحاشر ، وهو الذى يجمع أَرباب الأَموال ، والعريف ، وهو الْمُعَرِّفُ لهم ، والحاسب ، والحافظ ، كل يُعْطى أُجْرته ، ويُشْتَرط فى الساعى أَن يكون ذكراً عدلاً فقيهاً بالزكاة ، ونقل عن بعضهم جواز كونه امرأَة مع الكراهية وكلامهم موافق لمفهُوم كلام الحاوى ، فإنه قال : أَهل الشهادة ، وقد اعترض عليه بعض الشراح ، فقال : لو قال أَهل الشهادات لكان أَوْلى لتَخْرُجَ المرأَة ، ولا حق فيها للإمام والقاضى ، وأَما أُجْرة الكيال والوزان وعادّ الغنم فعلَى المالك ؛ لأَنها لتوفية الواجب والتوفية على المالك.

وقـوله : (وللمؤلف ، ما رَأَى الإمامُ ، وهو ضعيف إسلام ، أَو شريف يرجى إسلام نظرائه ، أَو مثاغر لكافر ، ومانِعُ زكاةٍ ، كَفَانَا بمؤنة أَقل ، وصُدِّق الأَوّلُ) .

أَى وللمؤلفة من الزكاة ما رأَى الإمام ، والمؤلفة أَصناف :

فأَولهم : قوم دخلوا الإسلام ونيتهم فيه ضعيفة فيؤلفون بالإعطاء من الزكاة ، لا من سهم المصالح ؛ ليثبتوا فى الإسلام ، وقد أَعطى رسول

---

(١) يريد بطل سهم العامل ويأخذ أجرة المثل كما قاله المؤلف .

الله صلى الله عليه وسلم ، عُيَينة بن حِصْين ، والأَقرع بن حابس[1] ، لهذا المعنى .

الثانى : مسلم شريف فى قومه يتوقع بإعطائه إسلام نظرائهم ، فَيُعْطى أَيضاً من الزكاة ، وقد أَعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم . عدى بن حاتم الطائى والزبرقان بن بدر ، لهذا المعنى .

الثالث : قوم مسلمون يراد بتأْليفهم أَن يجاهدوا من يليهم من الكفار ، أَو من مانع الزكاة فيعطيهم الإِمام من الزكاة ، لاسهم المصالح ، ولا من سهم سبيل الله ، وإِنما يعطون ؛ حيث إِعطاؤهم أَهون من بعث جيش ، وأَما الكفار فلا يتأَلف منهم أَحد على الصحيح ؛ لأَن الله تعالى أَعز الإِسلام .

فالصنف الأَول من المؤلفة يصدق إذا ادعى ضعف إِسلامه بلا يمين ، ولا يقبل دعوى الشريف الشرف ، ومن يلى الكفار إِلا ببينة ، وقوله فى الحاوى[2] بالبينة ، بعد قوله وَشرِيف ، لا يشمل ما بعده ، وهو المتأَلف على جهاد الكفار .

وقوله : (وللرقاب صَحِيحُ كِتَابَةٍ عجز ، فَيُعْطَى ، أَو سيده بإِذنه

---

(١) وأبا سفيان بن حرب وصفوان بن أمية وعباس بن مرادس ، كل واحد منهم مائة من الإبل وروى أيضاً أنه أعطى علقمة بن علاثة مائة ثم قال للأنصار لما عتبوا عليه : « ألا ترضون أن يذهب الناس بالشاء والإبل وتذهبون برسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى رحالكم » ثم قال لما بلغه أنهم قالوا يعطى صناديد نجد ويدعنا : « إنما فعلت ذلك لأتألفهم » كما فى صحيح مسلم ، ص ١٦٦ حـ ٤ نيل الأوطار .

(٢) وفى ح « وللمؤلفة ضعيف النية فى الإسلام بقوله وشريف بإعطائه يتوقع إسلام نظرائه بالبينة والمتألف على جهاد الكفار » .

دينه ، ولو بتصديق خصم ، أَو إشاعةٍ ، كغارمٍ ولو قبل حلول[1] ، وَرَدّ إنْ رَقَّ أَو أُعْتِق وضمن إن تلف لا قبل عتق) .

أَى والزكاة للرقاب أَيضاً وهذا هو الصنف الخامس ، والمراد : كل مكاتب صحيح الكتابة عجز عن تسليم ما عليه فيعطى قدر دَيْنه ، كما يعطى الغارم العاجز عن قضاءِ دَيْنه ، فإن كان بيده ما يفى بدينه لم يُعْط وإلا تمم له ، وليس لسيده أَن يعطى زكاته إليه لتعود الفائدة إليه ، ويجوز أَن يعطى المكاتب بغير إذن سيده ؛ لأَن الاستحقاق له ، والأَحوط أَن يصرف إلى سيده بإذنه ، ولا يجوز بغير إذنه لكنه يسقط عنه من النجوم بقدر ما صرف إليه ، كمن قضى دين غيره بلا إذن ، فلا يعطى المكاتب والغارم إلا إن أَثبتا أَو صدقهما السيد والخصم أَو الاستفاضة ، ويعطى المكاتب سواء حلت النجوم أَم لا ، لأَنه قد تعذر الأَداء عند الحلول ، فإن عَجَّز نفسه وَرَقَّ أَو أُعتق تطوعا ، أَو أَدى من غير مال الزكاة نظرت ، فإن كان باقياً لزمه رده ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه ، إلا عتق العبد وكان المال قد تلف قبل عتقه فإنه لا يضمنه ، سواء أَتلفه هو أَو تلف بآفة سماوية ، ومتى ضمناه وهو رقيق فالضمان متعلق بذمته لا رقبته على الأَصح .

وقوله : (ولغارم ادّان لإصلاح وإن غنى ، أَو لنفسه ولو لإثم ، فتركه ، أَو تاب ، إن أَعسر وحل ، كضامن لا بموسر يَغْرم) .

أَى والزكاة للغارم أَيضاً وهو الصنف السادس ، والمراد بالغارم

(١) لنجوم الكتابة ، وإنما اشترط فى الغارم الحلول ؛ لأن الحاجة إلى الخلاص من الرق أهم وأكد ، فتح الجواد .

الذى ادَّان لأَحد هذه الأَشياء ، فمن غرم لإِصلاح ذات البَيْن من مال نفسه ولم يُدَن له فلا يعطى ، والغارم لإِصلاح ذات البين كمن تحمل دية بين قبيلتين متشاجرتين ، وكذا من تحمل قيمة مال فتلف على الأَصح فمثل هذا يُعْطَى لقضاء ما ادَّان ، وإن كان غنياً بالنقد والعروض ، وأما الذى ادَّان فى مصالح نفسه وحوائجها فلا يُعْطَى إلا إذا كان معسراً وادَّان لمباح ، كالتفسح فى المجلس والمأْكل والنكاح ، وأَما من ادَّان لمعصيةٍ فلا يخلو : أَن يصرف ما ادانه فيها ، أَو يتركها ويصرفه فى غيرها ، فهذا كما قاله الإمام يُعْطى ، وكذا عكسه وهو من ادان لمباح ثم صرفه فى معصية وفيه احتمال للإمام ، وأَما من ادَّان لمعصيةٍ وصرفه فيها فالأَصح أَنه إذا تاب وغلب على الظن صدقه أَعطى وإلا فلا ، وإنما يُعْطى إذا حَلَّ دَيْنُه ، أَما إذا كان دين الغارم مؤجلا فإنه لا يعطى على الأَصح ، كالضامن بالدين فإنه لا يعطى إلا إن أَعْسَر وكان من ضمن به مُعْسِرًا أَو موسراً لا يرجع عليه ، كمن ضمن بغير إذن فإنه يضمن ولا يرجع على الصحيح ، وقوله فى الحاوى[1] : فإن رَقَّ أَو أَعتق غرم إلى قوله : قدر دَيْنَهما شاهدين ، فيه أُمور :

أَحدها : قوله : فإن رَقَّ أَو اعتق غرم ، فيه تسامح ، فإنه لا يغرم إلا إذا تلف أَو غصب ، أَما إذا كان باقياً فإنه يجب رده ، فلو قال : ضمن لكان أَعم .

---

(١) وفى ح « فإن رق أو عتق غرم لا إن تلف قبل العتق وللغارم لإصلاح وإن غنى ولو بالنقد ولنفسه لمباح إن أعسر وللضمان إن أعسر قدر دينهما بشاهدين » .

الثانى : قوله : لمباح ، الأَصح أَنه إذا استدان فى معصية لم يشترط إلا التوبة فإذا تاب أَعطى على الأَصح .

الثالث : أَنه إذا استدان لمعصية وصرفه فى مباح فالأَصح أَنه يعطى .

الرابع : إطلاقه أَن الضامن لا يعطى إلا إذا أَعسر هو والمضمون له ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان له الرجوع على الموسر ، أَما من ضمن بغير إذن فإنه يُعْطَى ؛ لأَنه ليس له الرجوع على الأَصح .

الخامس : أَنه سكت على اشتراط الحلول هنا ، وصرح القونوى فى شرحه أَنه لا يشترط ذلك على الصحيح ، والذى صححه النووى فى الروضة أَنه يشترط الحلول وكذلك القمولى فى الجواهر ، والفرق بينه وبين المكاتب حيث لم يشترط فيه الحلول ما هناك من الحرص على تعجيل العتق .

وقوله : (ولسبيل الله غاز تطوع ولو غنياً كفايته مع فرس وسلاح ولو عارية) .

أَى والزكاة لسبيل الله وهذا هو الصنف السابع ، والمراد كل غازٍ متطوع ولا يأْخذ مع المرتزقة من الفىء شيئاً ، وأَما المرتزقة فلا يعطون من الزكاة ، بل إنْ عُدِمَ الفىء أَعانهم المسلمون ، ويعطى المتطوع مع الغنى لقوله[1] صلى الله عليه وسلم : « لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة لغاز فى سبيل الله تعالى أَو لعامل عليها أَو لغارم أَو لرجل اشتراها بماله أَو

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجة ، وأخرجه الإمام احمد والإمام مالك فى الموطأ ، ص ١٦٩ جـ ٤ نيل الأوطار .

لرجل له جار مسكين تصدق عليه أو أهدى المسكين للغنى » ، ويشترى له الفَرَسُ ومايحتاج إليه من آلة حرب ، ويملكه إن اتسع المال ورأى ذلك وإلا أعطاه ذلك عارية بحسب المصلحة ، وقوله فى الحاوى : يملك أو يعاد الفرس والسلاح والنفقة ، فيه أمور :

أحدها : أنه لم يذكر الكسوة ولابد منها للغازى كالنفقة .

الثانى : لم تبين مدة النفقة ولا قدرها ، وهى الكفاية التامة مدة الذهاب والإقامة والرجوع ، وقيل : لا يعطى إلا ما زاد على مؤنة الحضر .

الثالث : ما فى العبارة من التسهيل؛ لأن العارية مختصة بالسلاح والفرس دون النفقة ، وهذا ليس من باب اللف والنشر ، واعلم أن تمليك السلاح والفرس وعاريتهما إلى نظر الإمام فإن كان المال كثيرا اشتراهما ، وإن كان المال قليلا استأجرهما .

وقوله : (ولابن السبيل ذى سفر مباح كفايَتُه سفرا أو إلى ماله) .

أى الزكاة لابن السبيل ، وهو الصنف الثامن ، والمراد به المسافر ، سواءٌ كان مسافراً ، أو أراد إنشاء السفر لغرض مباح كالتجارة والنزهة ، وخُصَّ المباح ليدخل الواجب والمندوب من طريق الأولى ، وأما سفر المعصية فلا يعان عليه ، فإذا لم يكن مع المسافر مال ، نظرت : فإن كان معسرا أعطى كفاية مدة سفره ذهاباً وكذا إياباً على الأصح ، ولا يعطى لمدة الإقامة ، بل دام له حكم المسافر ، ويعطى المركوب إن كان شيخاً أو فى مَسَافَةِ القصر ، وإن كان له مال ولكنه غائب نظرت : فإن

كان ماله فى طريقه أعطى ما يوصله إليه ، وإلا فكالمعسر ، وقد علم من قوله أو إلى ماله ، ، أن من له مال حاضر لا يعطى ، ويصدق ، وكالفقير من غير بَيِّنة ، وقوله : فى الحاوى : ما يبلغه المقصد ، الأصح أنه يعطى كفاية الإياب أيضاً .

وقـوله : (ولا يأْخذ بوصفين ، ولا مع رِقٌ أو كُفْرٍ) .

أى ولا يأْخذ واحد الزكاة ، بوصفين ، اجتمعا فيه ، كالفقير الغارم ، والمؤلف إذا تطوع بالغزو ؛ لأن الله تعالى عطف الأصناف بعضها على بعض ، ومقتضى ذلك التغاير ، نعم نقل النووى عن الشيخ[1] أبى نصر ، أنه إذا أخذ بأحدهما ثم صرفه إلى الغريم وبقى فقيرا قال : فلابد من إعطائه من سهم الفقراء ، ولا من فيه رِق كالمبعض والمدبر إلا المكاتب والكافر ؛ لقوله[2] صلى الله عليه وسلم ، «تؤخذ من أغنيائهم وترد فى فقرائهم» .

وقـوله : (وحِصَّةُ من فُقِد ثُمَّ لِمَنْ بَقِىَ وعَمهُّم بقَدْرِ الْحَاجَةِ ،

---

(١) الشيخ أبو نصر محمد بن هبة الله بن ثابت أبو نصر البندنيجى » نزيل مكة ويعرف بفقيه الحرم وكان من كبار أصحاب الشيخ أبى اسحاق الشيرازى . وكان يعتمر فى رمضان ثلاثين مرة وهو ضرير وهو صاحب المعتمد قال فيه ليس للشافعى نص فى غير الغنم فى العقيقة ، وعندى لا يجزىء غيرها ، ج ٣/٨٥ طبقات الشافعية .

(٢) رواه الشيخان ص ١١٤ ﺣ ٤ نيل الأوطار ويشير بذلك إلى شرط الآخذمن هذه الزكاة من الأصناف الثمانية التى ذكرها وهو أن يكون مسلما وأن لا يكون هاشمياً ولامطلبياً فلا تحل لهما لقوله صلى الله عليه وسلم « أن هذه الصدقات إنما هى أوساخ الناس وأنها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم وقال « لاأحل لكم أهل البيت من الصدقات شيئاً ولاغسالة الأيدى إن لكم فى خمس الخمس ما يكفيكم أو يغنيكم » أى بل يغنيكم ، رواه الطبرانى ص ١٧٢ ﺣ٤ نيل الأوطار » وأن لايكون من مواليهم أى موالى بنى هاشم وبنى المطلب فلاتصح لهم على الأصح لحديث « مولى القوم منهم » رواه الترمذى وغيره ومقابل الأصح يقول يصح للموالى لأنه ليس لهم حق فى خمس الخمس وقد استغنى بنو هاشم وبنو المطلب بحقهم فى خمس الخمس ولا شىء فيه للموالى أى مواليهم /ﻫ .

وللمالِكِ اكْتِفَاء بثَلاثَةٍ من كُلِّ صِنْفٍ غيرِ مَحْصُورٍ وقْتَ وُجُوب وبأَقلِّ متمول ، لِأَحَدِهِم ، ولو غُرماً ولا يُفَضَّلُ صِنْفٌ) .

أى : إذا فُقِد صنف من الأَصناف فى بلد المال رددنا سهمه على الباقين وإن كان موجوداً فى بلد آخر ، على المذهب ، وعلى الإمام أن يعم آحاد الأَصْنَافِ ويَسْتَوْعِبَهم إن اتسع المال ، وكذا يستحب للمالك إذا فرق بنفسه وأَمكنه ذلك ، ويسقط سهم العامل إذا فرق المالك كما يسقط إذا حمل أَرباب الأَموال الزكاة إلى الإمام ، ويجوز للمالك أن يقتصر على ثلاثة من كل صنف وأَن يفاضل ، حتى لو أَعْطَى أَحَدَهُم أَقلَّ متمول وأَعطى اثنين الباقى أَجزأَه ، ولو أَعطاهم الكل غرم للثالث أَقل متمول ، وقيل الثلث ، ولا يجوز له الاقتصار على ثلاثة من الصنف إلا إذا كان الصنف غير محصور وقت الوجوب ، فإن كان محصوراً تعين السهم لهم لا يشاركهم فيه من حضر بعد الوجوب ، هكذا جزم به فى العزيز والروضة ، ونقلاه عن صاحب التتمة ، ونقل عن صاحب التهذيب أَنَّه كذلك إذا لم يجز النقل ، قال النووى: الصحيح أَو الأَصح أَنه يجب استيعاب آحاد الصنف إذا كانوا محصورين ، ولكن نقلا فى المسائل المتفرقة ما يقتضى أَنه لايجب استيعاب المحصورين ، إلا إذا كانوا ثلاثة فأَقل ، وهو مشكل من أَنهم جوزوا إعطاء الثالث أَقل متمول إذا انحصروا استحقوه ، ووجب لكل بنسبة حاجته ، وحاول فى المهمات[1] الجمع بين الكلامين ، فإنه لا ينحصر فى الثلاثة إلا إذا قلَّ المال وإن كثر استوعب المحصورين ،

(١) أى الأسنوى .

وهذا لا يرفع الإشكال ، ولو لم يجد من الصنف إلا أقل من ثلاثة فالأصح المنصوص ، كما ذكره النووى ،أنه يرد على من وجد من الصنف إذا بقى استحقاقه ، وهو مفهوم من قولنا ورد حصة من فُقِدَ ثمَّ لمن بقى ، وأما الأصناف فلا يجوز أن يفضل صنف بل يقسم فيهم بالتسوية ، نعم ما فضل عن حاجة صنف ، رُدّ إلى الباقين ، كما إذا فقد أهله .

حكم نقل الزكاة

وقــوله : (ويجزئ عامل ونقله ، لا مالك قبل فقْدِ كلٍ عن مُسْتحق بموضع مَالٍ ، أو مؤدًّى عنه فطرة إلى الأبعد وإلى مسافةِ قَصْرٍ ، فى خيام اتصلت) .

أى ويجزئ من العاملين عامل واحد إذا كفى بل إذا استغنى عن الواحد سقط كما بينّاه ، ولا يجوز نقل الزكاة أى منقولها من موضع المال إلى موضع آخر إذا كان فى موضع المال مستحقون[1] ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ : « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وتُرد على فقرائهم » واعلم أن النقل إنما يحرم على المالك إذا فرق ، وأما الإمام فإنه تحمل إليه الزكاة يفرقها حيث شاء على الأصح ، والعبرة فى الفطرة بموضع المؤدَّى عنه ، فلا يؤدى فطرته فى غير الموضع الذى هو فيه وقت الوجوب ، ولو كان فى بلد وزوجته وولده وعبده فى بلد آخر ، فالأصح أن العبرة بموضعهم لا بموضعه استحقها فقراء بلدهم ،

---

(١) رواه الشيخان ، عن ابن عباس لما بعث معاذاً إلى اليمن ص ١١٤ جـ ٤ نيل الأوطار .

ولا يجزىء النقل إلى الأبعد وهناك مستحق أقرب ، فإن وجبت الزكاة على أهل خيام ينتقلون وهم مستقرون ،وبعضهم متصل ببعض ، فمادون مسافة القصر فى حكم الحضر ، فلا يتجاوز بصرفها عنه ، وهذا مع الاتصال ، وأما إذا انفصل بعضهم عن بعض بالحلل والرعى والماء فلكل أهل موضع حكمه ، وهو مفهوم من قوله : متصل ، ولو دخل وقت الوجوب وهم سائرون يَسْتحقها من معهم من الأصناف ، فإن لم يكن معهم أحد نقلوا إلى أقرب البلاد إليهم وقوله فى الحاوى[1] : وسهم المفقود ولو فى بلد للباقين ، إلى قوله : ثم ينقل إلى أقرب بلد ، عند الوجوب ، فيه أمور :

أحدها : قوله :وسهم المفقود ،ولو قال :وحصة المفقود ،لكان أعم ؛ ليدخل مع أرباب السهام أرباب أجزائها ، فإن الأصح أنه إذا نقص الصنف عن ثلاثة ردّ حصة من فقد على من وجد من الثلاثة .

الثانى : قوله : ولو فى بلد ، صوابه : ولو فى البلد ، فإن تنكيره يفسد به المعنى ؛ لأنه يقتضى اشتراط وُجُودِ الصنف فى كل بلد .

الثالث قوله : (ولو) لا حاجة إليه ، فلو قال : وسهم المفقود فى البلد للباقى كفى .

الرابع : وجاز الاكتفاء بعامِل وثلاثة من كل صنف ، وليس

---

(١) وفى ح « وسهم المفقود ولو فى بلده للباقين ويستوعبهم ، وجاز الاكتفاء بعامل ثلاثة من كل صنف والتفضيل فى آحاد الصنف ، وإن قنع باثنين غرم أقل متمول ، وإن نقل موضع المالك فى الفطرة والمال فى الزكاة بقى الفرض لا إن عدموا فى بلد والكفارة والنذر والوصية . وأهل الخيام مستحقهم من معهم ثم ينقل إلى أقرب بلد ، عند الوجوب » .

الاكتفاء بثلاثة جائز على الإطلاق بل ذلك للمالك خاصة ، أما الإمام فعليه أن يستوعب الجميع إذا أمكن .

الخامس : أنه لا يجوز للمالك أيضا مطلقاً ، بل ذلك إذا لم يكن فى البلد صنف محصور ، فإن كان تعين السهم ، وقد بينا ما فى المسألة من الاضطراب .

السادس : والتفضيل فى آحاد الصنف ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان المفرِّق هو المالك ، وأما إذا قسم الإمام والحاجات مساوية فيحرم عليه التفضيل ، كما جزم به الرافعى فى المحرر ، ونقله عن العزيز فى التتمة ، قال النووى : وهو قوى فى الدليل لكنه خلاف مقتضى كلام الجمهور .

السابع : قوله وإن نقل من موضع المالك فى الفطرة ، الأصح أن المعتبر موضع المؤدَّى عنه لا موضع المؤدِّى الذى سماه فى الحاوى : المالك .

الثامن : قوله : لا إنْ عُدِموا فى بلد ، صوابه فى البلد ؛ إذ لا يشترط وجودهم فى كل بلد .

التاسع : ثم ينقل إلى أقرب بلد عند الوجوب ، مقتضاه أنه إذا وجد الأصناف بعد الوجوب فى بلد أقرب من الأقرب يوم الوجوب لم ينقل إليه ، ليس ذلك على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان الموجودون محصورين ، فإن لم يكونوا محصورين فالاعتبار بوقت القسمة ، لاوقت الوجوب ، كما يشعر به كلام الأصحاب ، والنص المذكور فى العزيز والروضة .

وقــوله : (وجاز نَقْلُ نذْرٍ وكفَّارةٍ وَوَصِيَّةٍ) .

أى : ويجوز نقل هذه المذكورات ؛ لأن الأطماع لا تمتد إليها كما تمتد إلى الزكاة .

وقــوله : (وسيمَ نعمُ صدقة وفَيْءٍ لصغارٍ) .

أى : ويستحب تمييز الصدقة من غيرها بوسم ، لحديث[1] أنس :« أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، بعبد الله بن أبي طلحة يحنكه قال : فوافقته وفى يده الميسم يسم إبل الصدقة » وأن يكون كتابه فى إبل الصدقة صدقةً ، وهو أولى مما قال بعضهم : لله ، احتراماً للاسم الكريم ، وفى نَعَمِ الفيء صِغَاراً أو جِزْيَةً .

وقــوله : (وتَطوُّعُها سِرا ، وبرمَضان وإلى قريب وجارٍ أَوْلَى) .

أى : ويستحب أن يُسِرَّ بصدقة التطوع ؛ لقوله تعالى[2] : « إن تبدو الصدقات ... » الآية وأما رمضان فإنه صلى الله عليه وسلم كان أجود ما يكون فى رمضان ، وأما تخصيص الجار والقريب فإنه صلى الله عليه وسلم حث على ذلك فيهما .

وقــوله : (ولا يتصدق بما يحتاجه) .

---

(۱) حديث أنس ص ١٥٧ حـ ٤ نيل الأوطار وللاتباع فى بعضها فى الصحيحين وقياس الباقى عليه وفيه فائدة تميزها عن غيرها وأن يردها واجدها لو شردت أوضلت ، ويندب أن يكون الوسم وهو الكى فى موضع صلب ظاهر لايكثر شعره ، والأولى فى الغنم الآذان وفى الأبل والبقر الأفخاذ ، ويكره فى الوجه قال فى الروضة : قاله صاحب العدة وغيره ، وقال فى المنهاج : الأصح يحرم وبه جزم البغوى فى التهذيب وفى صحيح مسلم « امن الله فاعله » وروى مسلم عن جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرب فى الوجه وعن الوسم فى الوجه وأنه صلى الله عليه وسلم مر عليه حمار قد وسم فى وجهه فقال : « لعن الله الذى وسمه » ثم السمة فى نعم الصدقة صدقة أو زكاة وفى نعم الجزية من الفيء جزية أوصغار /هـ .

(۲) آية ۲۷۱ من سورة البقرة .

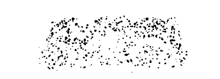
أى : لنفقة عياله ودَيْنه ونفسه ، وأما ما يحتاجه لنفقة عِياله ولقضاءِ دين لا يغلب حصول ما يقضى به من غيره ، فإنه لا يحل التصدق به ، وأما ما يحتاجه لنفسه فلا يحرم ، لكن إن كان ممن يصبر على الإضاقة فهو مستحب فى حقه ، وإلا فمكروه[1].

تمت[2] الإرشاد بحمد الله ومَنّه وكرمه وعونه .

---

(١) وأما قبول الصدقة من غير سؤال فذهب بعضهم إلى وجوب قبولها عملا بمقتضى الأمر فى قوله تعالى : (فإن طبن لكم منه الآية ...) ٤ من سورة النساء ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ما أتاك من من هذا المال وأنت غير مستشرف ولا سائل فخذه » . قال فى المنهاج : وتحل لغنى ، وقال فى الروضة ، يستحب للغنى التنزه عنها ويكره له التعرض لأخذها ، وفى البيان : لا يحل له أخذها مظهراً للفاقة وهو حسن ، وقال فى الحاوى : الغنى بمال أو صنعة سؤاله حرام وما يأخذه حرام وأما أخذ الغنى للصدقة فقالوا : يحل له الأخذ بشرط أن لا يظن الدافع فقره والا فقال فى الاحياء : إن علم الآخذ ذلك لم يحل له تناوله وكذا إذا دفع إليه بعلمه أو صلاحه أو نسبه لم يحل له إلا إذا كان كذلك .

(٢) الأولى تم المجلد الأول من كتاب (إخلاص الناوى فى إرشاد ...) لأن الكتاب كما قلت فى المقدمة يشتمل على أربعة أرباع كل ربعين فى مجلد وهذا تمام الأول والثانى أوله « خصائص الرسول صلى الله عليه وسلم » .



فهرس الكتاب

الصفحة

الصفحة

« تم الربع الثانى بحمد الله ومنه وكرمه »

ويليه الربع الثالث — ويبدا من باب

« ما اختص به الرسول — صلى الله عليه وسلم — من الأحكام »

رقم الايداع بدار الكتب ٣١٨٢/١٩٩٠

الترقيم الدولى ٩٧٧-٠٢-٠٠٥٠-٠ ISBN

مطابع الأهرام التجارية - قليوب - مصر